Die Zustimmung des Ehegatten als Gültigkeitserfordernis für die Bürgschaft

DISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, vorgelegt der hohen Juristischen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz

von
Leo Duft
St. Gallen

1943

Buchdruckerei Calendaria A.G. Immensee

Die Zustimmung des Ehegatten als Gültigkeitserfordernis für die Bürgschaft

DISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, vorgelegt der hohen Juristischen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz

von

Leo Duft
St. Gallen

Genehmigt von der juristischen Fakultät am 11. November 1943 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Alfred Siegwart (erster Referent) und Herrn Prof. Dr. Pierre Aeby (zweiter Referent).

Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die juristische Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen Stellung zu nehmen (Fakultätsbeschluß vom 1. Juli 1916).

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Die Zustimmung des Ehegatten als Gültigkeitserfordernis für die Bürgschaft

Einleitung

§ 1. Die Grundzüge der Bürgschaft 1

I. Teil: Historischer Werdegang

§ 2. Die Notwendigkeit der Revision des Bürgschaftsrechts . . . 5

§ 3. Geschichtlicher Ueberblick mit besonderer Berücksichtigung der Zustimmung des Ehegatten 12

II. Teil: Die Bestimmung des neuen Rechts in sich (OR Art. 494)

1. Abschnitt: Untersuchung der rechtlichen Elemente des Art. 494

1. Kapitel: Die zustimmungsbedürftigen Personen:

§ 4. Der Ehegatte 21

§ 5. Erste Ausnahme: Richterliche Trennung 27

§ 6. Zweite Ausnahme: Eintragung im Handelsregister 30

2. Kapitel: Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte:

§ 7. Die Eingehung der Bürgschaft 41

§ 8. Nachträgliche Aenderungen 45

3. Kapitel:

§ 9. Zeitliche Erfordernisse der Zustimmung 54

4. Kapitel: Formelle Erfordernisse der Zustimmung:

§ 10. Zustimmungserklärung im Einzelfall 58

§ 11. Die Schriftlichkeit der Zustimmungserklärung 60

5. Kapitel: Materielle Erfordernisse der Zustimmung:

§ 12. Die ordentlichen Voraussetzungen für Rechtsgeschäfte . . . 63

§ 13. Fehlerhafte Voraussetzungen: Willensmängel und ihre Bedeutung 67

2. Abschnitt: Wirkungen der neuen Gesetzesbestimmung für die Bürgschaft

1. Kapitel:

§ 14. Die Zustimmung als wesentliche Voraussetzung für das Zustandekommen der Bürgschaft 76

2. Kapitel: Fehlen der Zustimmung:

§ 15. Verweigerung durch den Ehegatten 79

§ 16. Zustimmungsunfähigkeit des Ehegatten 90

3. Abschnitt:

§ 17. Die Anwendung der Bestimmung im intertemporalen und internationalen Recht 97

III. Teil: Die Beziehungen dieser obligationenrechtlichen Bestimmung zu andern Rechtsgebieten

1. Abschnitt:

§ 18. Stellung zum Personenrecht: Handlungsfähigkeit 101

2. Abschnitt: Das Verhältnis zum Familienrecht

1. Kapitel:

§ 19. Die familienrechtliche Stellung des Ehemannes und das Zustimmungserfordernis 104

2. Kapitel: Der Einfluß auf das eheliche Güterrecht:

§ 20. Verhältnis der Zustimmungsvorschrift zum Güterrecht im allgemeinen 106

§ 21. Der Einfluß auf die Gütertrennung 110

§ 22. Der Einfluß bei der Güterverbindung und der Gütereinheit . . 113

§ 23. Das Verhältnis zur Gütergemeinschaft 121

Schluß

Rückblick 126

Abkürzungen

A.S.	=	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen.
aOR	=	Obligationenrecht vom 20. März 1911. (Nur im Zusammenhang mit Artikel-Nummern aus dem 20. Titel, Die Bürgschaft, Art. 492—512.)
BB	=	Bundesbeschluß.
Bbl.	=	Bundesblatt.
Beck	=	Beck, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich, 1942.
Becker	=	Becker, Kommentar zum OR, Bern, 1934.
Becker (2. Auflage)	=	Becker, Kommentar zum OR, 2. Auflage, Bern, Beginn der Herausgabe 1941.
Ber.J.A.	=	Die Revision des Bürgschaftsrechts. Bericht und Vorentwurf der eidg. Justizabteilung, Juni 1937.
BG	=	Bundesgesetz.
BGE	=	Entscheide des schweizerischen Bundesgerichtes.
BGer.	=	Schweizerisches Bundesgericht.
Botsch.	=	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Bürgschaftsrechtes vom 20. Dez. 1939.
Bull.	=	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung.
Db.	=	Differenzenbereinigung der parlamentarischen Kommissionen.
Egger	=	Egger, Kommentar zum Familienrecht, Zürich, 1936.
Exp.Kom.	=	Protokoll der Expertenkommission vom 24./25. April 1935.
Fick	=	Fick, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Zürich, 1911.
Giovanoli	=	Giovanoli, Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, Bern, 1942.
Giovanoli ZschwR	=	Giovanoli, Ausgewählte Fragen aus der Revision des schweiz. Bürgschaftsrechts, ZschwR, 1941, S. 224 ff.
Gmür	=	Gmür, Kommentar zum Familienrecht, Bern, 1923.
Guhl, BR	=	Guhl, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich, 1942.
Guhl, OR	=	Guhl, Das schweiz. Obligationenrecht, Zürich, 1936.
Kom.	=	Protokoll der Kommission.
NR	=	Nationalrat.
OR	=	Obligationenrecht vom 20. März 1911/18. Dez. 1936. (Im Zusammenhang mit Art.-Nr. aus dem 20. Titel, Die Bürgschaft, Art. 492—512) = Obligationenrecht vom 10. Dez. 1941.
Oser	=	Oser, Kommentar zum OR, Zürich, 1915.
Oser/Schönenberger	=	Oser/Schönenberger, Kommentar zum OR, Zürich, 1928 ff.
Schönenberger	=	Schönenberger, Kommentar zum OR, Zürich, 1943.
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung.
StR	=	Ständerat.
VO	=	Verordnung.
von Tuhr/Siegwart	=	von Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts, 2. erg. Auflage, Zürich, 1942.
ZbJV	=	Zeitschrift des bern. Juristenvereins.
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
ZivrVerhGes.	=	Bundesgesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891/10. Dezember 1907.
ZschwR	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht.

Gesetzesmaterialien- und Literaturverzeichnis

I. Gesetzesmaterialien

Bundesgesetz über die Revision des XX. Titels des Obligationenrechts: Die Bürgschaft, vom 10. Dezember 1941.

Bericht und Vorentwurf der eidg. Justizabteilung: Die Revision des Bürgschaftsrechts, Juni 1937.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Bürgschaftsrechts vom 20. Dezember 1939 (Bbl. 1939 II, S. 841 ff.).

Zusammenfassung der Eingaben zum Vorentwurf der Justizabteilung betr. das Bürgschaftsrecht (unveröffentlicht).

Vorentwurf zu Handen des Bundesrates vom 12. Juni 1939 (unveröffentlicht).

Protokoll der Expertenkommisison, April 1939 (unveröffentlicht).

Vorentwurf für die Expertenkommission vom 11. März 1939 (unveröffentlicht).

Eingabe der schweizerischen Gemeinnützigen Gesellschaft, vom 10. Januar 1940 (unveröffentlicht).

Protokoll der nationalrätlichen Kommission:

Erste Session, Januar 1940.
Zweite Session, Februar 1940.
I. Differenzenbereinigung, Oktober 1940.
II. Differenzenbereinigung, Februar 1941.
III. Differenzenbereinigung, September 1941.

Protokoll der ständerätlichen Kommission:

Erste Session, März 1940.
Zweite Session, August 1940.
Dritte Session, April 1941.
Vierte Session (Db.), September 1941.

Stenographische Bulletins der Bundesversammlung:

Nationalrat:

1940, S. 52 ff.; 133 ff.; 671 ff.
1941, S. 7 ff.; 213 ff.; 331 ff.; 443 ff.

Ständerat:

1940, S. 235 ff.; 283 ff.; 294 ff.; 392 ff.
1941, S. 174 ff.; 136 ff.; 267.

Protokoll über die Verhandlungen des Nationalrates, 9. Session, 29. Leg.Peri., S. 151 ff. (unveröffentlicht).

Kreisschreiben des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements an die kantonalen Regierungen betr. das Inkrafttreten des neuen Bürgschaftsrechts vom 10. April 1942, Bbl., 94, 1. Mai 1942, Bd. I, S. 284.

II. Literatur

1. Kommentare zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch

Beck: Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich, 1942.

Giovanoli: Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, Bern, 1942.

Schönenberger: Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich, 1943.

Reichel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen, Schlußtitel, Zürich, 1912.

Egger: Personenrecht, Zürich, 1911.
Oser: Obligationenrecht, Zürich, 1915.
Fick: Obligationenrecht, Zürich, 1911.
Egger: Familienrecht, Zürich, 1933.
Haab: Sachenrecht, Zürich, 1929.
Homberger: Sachenrecht (Besitz und Grundbuch), Zürich, 1935.
Oser/Schönenberger: Obligationenrecht, Zürich, 1928 ff.
Siegwart: Obligationenrecht (3./4. Abt.: Recht der Gesellschaften), Zürich, 1934.
— Obligationenrecht (5. Abt.: A.-G. — GmbH.), Zürich, 1939.
Becker: Obligationenrecht, Bern, 1934.
— Obligationenrecht (2. Auflage), Bern, 1941.
His: Obligationenrecht (Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung), Bern, 1940.
Gmür: Einleitung und Personenrecht, Bern, 1919.
— Familienrecht (1. Abt.: Das Eherecht), Bern, 1923.
Silbernagel und Wäber: Familienrecht (2. Abt.: Die Verwandtschaft), Bern, 1927.
Kaufmann: Familienrecht (3. Abt.: Die Vormundschaft), Bern, 1924.

2. Monographien und Abhandlungen

Aeby: Comment naît une loi: le régime de cautionnement, Rektoratsrede, Freiburg, 1939.
— Le nouveau droit suisse de cautionnement, Referat an der Versammlung des Freib. Juristenvereins, Juli 1942 (unveröffentlicht).
Beck: Die Revision des Bürgschaftsrechts, Separatabdruck aus der »N.Z.Z«, Februar, März, April 1935.
Blumer: Bürgen soll weniger würgen! Das neue Bundesgesetz über die Bürgschaft vom 10. Dez. 1941 und seine wirtschaftliche Bedeutung für Gläubiger und Schuldner, Separatabdruck aus »Glarner Nachrichten«, Zürich, 1942.
Cavin: La révision de la législation en matière de cautionnement. Journ. des Trib. 1938, S. 290 ff.
— Le nouveau droit du cautionnement, Journal des Tribunaux 1942.
Egger: Revision des Bürgschaftsrechts, Der Schweiz. Haus- und Grundeigentümer, 1938, Nr. 8.
Fuchs: Zur Revision des Bürgschaftsrechts (Die Stellung der Ehefrau im Bürgschaftsrecht und das Postulat betr. die Zustimmung der Frau zur Bürgschaftsverpflichtung des Mannes) SJZ 33, 15. Mai 1937, S. 337.
Gadmer: Solidarschuldner und Bürge nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., Zürich, 1929.
Giovanoli: Ausgewählte Fragen aus der Revision des schweizerischen Bürgschaftsrechts, ZschwR 1941, S. 205 ff.
Gmür: Die Haftbarkeit der Erben für die Bürgschaftsschulden des Erblassers nach schweizerischem Recht (historisch und de lege ferenda dargestellt), Basel, 1896.
Guggenheim: Der Garantievertrag, Aarau, 1917.
Guhl: Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich, 1942.
Haberstich: Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1884.
Henry: La révision de la législation en matière de cautionnement, ZschwR, 1935, S. 145 a.
Häusler: Bürge und Selbstzahler, ZschwR, 9, S. 68 ff.

Karrer: Gemeinnützige Bestrebungen bei der Revision des Bürgschaftsrechts, Zeitschrift für Gemeinnützigkeit, 1938, S. 375 ff.

Kiefer: Garantievertrag und Bürgschaft, Diss., Basel, 1933.

Krebs: Die Revision des Bürgschaftsrechts, Separatabdruck aus der Schweiz. Gewerbe-Zeitung, Nr. 33—41, Burgdorf, 1938.

Labhart: Die Revision des Bürgschaftsrechts, Zentralblatt, Organ des Schweiz. Gemeinnützigen Frauenvereins, Bern, 20. November 1940.

Lardelli: Beiträge zum Bürgschaftsrecht, SJZ 20, S. 317 ff.

Lerch-Tuason: Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, Zürich, 1936.

Maday: Die sog. Gesetzesumgehung, insbesondere im schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Bern, 1941.

Müller: Die Solidarbürgschaft und die Reform des Bürgschaftsrechtes, SJZ 36, S. 277 ff.

Priester: Der Garantievertrag, Diss., Bern, 1935.

Raaflaub: Die Solidarbürgschaft im Bankverkehr, Diss., Bern, 1932 (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, N. F. 73).

Reichel H.: Zum schweizerischen Bürgschaftsrecht, SJZ 10, S. 47; 11, S. 104 f.; 13, S. 211 f.; 17, S. 177 ff.; 18, S. 265 ff.; 20, S. 173 ff.; 29, S. 3 ff.

— Schuldmitübernahme, XIX. Bd. der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, München, 1909.

Rein: Die Voraussetzungen der Bürgschaft im Schweiz. Recht mit besonderer Berücksichtigung der Revisionsforderungen, Diss., Jena, 1937.

Reußer: Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Versicherungsverträgen, Diss., Bern, 1938.

Rubattel: Cautionnements ruraux: Développement de la motion Rubattel et consorts.
Bulletins des séances du Grand Conseil du canton de Vaud. Séance du 18 mai 1933, S. 638 ff.

Schultheß: Die Verpflichtung des Bürgen nach Schweizerischem Recht. ZschwR 44, S. 63 ff.

Schweiz. Haus- und Grundeigentümer: Die Revision des Bürgschaftsrechts, 1935, Nr. 4.

Stauffer: Die Revision des Bürgschaftsrechts, ZschwR, N. F. 56, 1935, S. 1 a ff.

Thalmann: Das Wesen der Bürgschaft im schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Bern, 1920.

Tobler: Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, Diss., Bern, 1926.

von Tuhr: Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht, SJZ 19, S. 225 ff.; 245 ff.

von Tuhr/Siegwart: Allgemeiner Teil des Schweiz. Obligationenrechts, 2. erg. Auflage, Zürich, 1942.

Weber: Schuldübernahme und Bürgschaft, Diss., Basel, 1937.

Zimmermann: Bemerkungen über das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten zur Bürgschaftseingehung gemäß OR Art. 494, Abs. 1 und 2, SJZ, November 42, S. 125.

Zoller: Bürgen soll man würgen, SJZ 4, S. 93.

(Literaturhinweise zu Einzelfragen siehe bei den Anmerkungen.)

Einleitung

§ 1. Die Grundzüge der Bürgschaft

Der Bürger will seine Rechtsansprüche verwirklichen. Sucht ein anderer ihn daran zu hindern, wird er sein Recht erzwingen. Dieser Kampf ums Recht trüge jedoch in sich den Todeskeim für die geordnete menschliche Gesellschaft, wollte man die Rechtsverwirklichung den Individuen allein überlassen. Darum eilt der Staat dem Bürger mit seiner Macht zu Hilfe: Er schafft die Zivilrechtspflege und das Vollstreckungsrecht.

Trotzdem liebt der Gläubiger in der Durchsetzung seiner Ansprüche weder den Richter noch das Betreibungsamt. Selbst wenn der Schuldner zur Zahlung verurteilt und — bei Verweigerung der Zahlung — betrieben wird, hilft das dem Gläubiger nichts, wenn bei jenem nichts zu holen ist. Darum beugt er vor. Die Rechtsordnung leiht ihm auch hiezu ihre Dienste:

1. Das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner wird verstärkt mit Hilfe des Personalkredits in der Form von *Haftgeld, Reuegeld, Konventionalstrafe* [1]). Dies mag im Einzelfall helfen. Bedeutungsvoller ist
2. *das Pfandrecht* [2]): Der Gläubiger stützt sich auf den Realkredit. Er erhält einen dinglichen Anspruch, den er nicht nur dem Pfandgeber sondern auch jedem Dritten gegenüber mit Erfolg geltend machen kann. Dies ist wohl die beste Sicherung, ist aber oft nicht erhältlich, weil der Schuldner nichts sein eigen nennt, was er als Pfand geben könnte. Darum nehmen die Vertragsparteien wieder Zuflucht zum Personalkredit:
3. *zur Bürgschaft* [3]): Hinter dem Schuldner haftet ein Dritter. Der Gesetzgeber gibt in Art. 492, Abs. 1 und 2 OR folgende Definition:

   »Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der Schuld einzustehen.

   Jede Bürgschaft setzt eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus. Für den Fall, daß die Hauptschuld wirksam werde, kann die Bürgschaft auch für eine künftige oder bedingte Schuld eingegangen werden.«

Hieraus ergibt sich zur Hauptsache:

I. *Die Vertragsparteien:* Obwohl bei der Bürgschaft ein Verhältnis zwischen drei Personen besteht — Gläubiger, Hauptschuldner, Bürge — kommt der eigentliche Bürgschaftsvertrag nur zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen zustande [4]). Die allgemein notwendigen Voraussetzungen für einen

[1]) OR Art. 158—163.
[2]) ZGB 22. Titel: Das Grundpfand. 23. Titel: Das Fahrnispfand.
[3]) OR 20. Titel: Die Bürgschaft (Art. 492—512).
[4]) Vgl. Fick, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Zürich, 1911, Art. 492 N. 11; Beck, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich, 1942, Art. 492

Vertragsabschluß sind daher logischerweise nur beim Gläubiger und beim Bürgen verlangt, wenn die Bürgschaft gültig sein soll. Es kann eine Bürgschaft geschlossen werden selbst ohne Wissen [5]) des Hauptschuldners, sogar gegen seinen Willen [6]). Die Person des Hauptschuldners ist aber doch insofern von großer Bedeutung, als sich der Bürge normalerweise *für einen ganz bestimmten Schuldner verpflichtet,* dessen Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit ihm einigermaßen bekannt sind [7]).

II. *Zweck der Bürgschaft* ist der, *eine Forderung zu sichern.* Wesentliche Voraussetzung für eine Bürgschaft ist also eine Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, *eine Hauptschuld, eine »Fremdschuld«* [8]). Sie kann eine künftige oder bedingte sein, sie muß aber, soll die Bürgschaft in Kraft treten, wirksam werden (Art. 492, Abs. 2 OR) [9]). Die Hauptschuld muß bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein [10]). Ihr Charakter ist Nebensache. Jede gültige Verpflichtung ist verbürgungsfähig [11]): Geldverpflichtungen — die häufigsten —, aber auch Verpflichtungen zu einer Sachleistung, sogar zu einem Tun [12]) und Unterlassen [13]), höchstpersönliche Verpflichtungen [14]), kurz, jedes rechtlich erhebliche Verhalten [15]). Und zwar ist der Rechtsgrund der Hauptschuld belanglos, mag sie aus Vertrag, unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung entstanden sein [16]), notwendig ist nur, daß sie wirklich existiert [17]).

N. 43; Giovanoli, Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht, Bern, 1942, Art. 492 N. 2; Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 1936, S. 235; Daeppen, Bundesgerichtspraxis zum OR, Zürich, 1936, Art. 492, S. 434, und die dort zitierten BGE.

[5]) Fick, Art. 492 N. 11; Beck, Art. 492 N. 43; Becker, Kommentar zum Obligationenrecht, Bern, 1934, Art. 492 N. 2; Fick, Art. 492 N. 11.

[6]) Beck, Art. 492 N. 43; Becker, Art. 492 N. 2.

[7]) Vgl. Lerch-Tuason, Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, Zürich, 1936, S. 10.

[8]) Eine Ausnahme macht ausdrücklich Art. 492, Abs. 3. Hier werden drei Fälle von Garantievertrag unter die Regeln der Bürgschaft gestellt. Vgl. Becker, Art. 494 N. 3 (im aOR war diese Ausnahme im Art. 494, Abs. 3 geregelt); Fick, Art. 494 N. 41, 42; Giovanoli, Art. 492, N. 80 ff.; v. Tuhr, Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht, SJZ 19, S. 226; Stauffer, Die Revision des Bürgschaftsrechts, ZschwR, n. F. 54, S. 71 a ff.

[9]) Vgl. Lerch-Tuason, a. a. O., S. 11; Beck, Art. 492 N. 115/6; Giovanoli, Art. 492 N. 69 ff.; Fick, Art. 494 aOR N. 33—39; Becker, Art. 494 aOR N. 2 a. E.

[10]) Becker, Art. 494 aOR N. 1; Giovanoli, Art. 492 N. 72.

[11]) Beck, Art. 492 N. 108.

[12]) BGE 48 II 267.

[13]) Dies ist verständlich, weil die Verpflichtung auch darin bestehen kann, für Schadenersatz wegen Nichterfüllung Bürgschaft zu leisten. Vgl. Beck, Art. 492 N. 108; Schultheß, Die Verpflichtung des Bürgen nach schweizerischem Recht, ZschwR, n. F. 44, S. 70.

[14]) Beck, Art. 492 N. 108; Schultheß, a. a. O., S. 69.

[15]) Beck, Art. 492 N. 108; BGE 56 II 382 f.

[16]) Beck, Art. 492 N. 108/9; Guhl, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich, 1942, S. 27 f.; Rein, Die Voraussetzungen der Bürgschaft im schweizerischen Recht mit besonderer Berücksichtigung der Revisionsforderungen, Diss., Jena, 1937, S. 52; BGE 48 II 267.

[17]) Auch unvollkommene Obligationen, wie solche aus Spiel und Wette, können gültig verbürgt werden, nur ist dann die Bürgschaft selber auch klaglos. Vgl. Fick, Art. 494 aOR N. 30; Beck, Art. 492 N. 119 a. E.; Schultheß, a. a. O., S. 81 ff.; Stauffer, a. a. O., S. 77 a f.

III. Die Sicherung dieser Hauptschuld durch den Bürgen besteht darin, daß er sich verpflichtet, »*gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners für die Erfüllung der Schuld einzustehen*«. Er erklärt sich durch den Vertrag bereit, persönlich für die Erfüllung der Hauptschuld (bis zum vereinbarten Höchstbetrag) haften zu wollen [18]). Damit bietet er dem Gläubiger für die Forderung gegen den Schuldner Sicherheit [19]).

IV. *Wie weit* geht die Sicherungspflicht des Bürgen? Sie richtet sich weitgehend nach der Hauptschuld [20]). Wir unterscheiden einen *sachlichen* und einen *zeitlichen* Umfang:

1. Der Bürge haftet *bis zu einem* »*zahlenmäßig bestimmten*« *Höchstbetrag* [21]) (OR Art. 499). Für diesen Betrag haftet er aber mit seinem ganzen Vemögen [22]).
2. Vor allem in zeitlicher Beziehung zeigt sich die Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld. Wenn die Hauptschuld zu existieren aufhört, so fällt auch die Bürgschaft dahin [23]). Daneben kennt das Gesetz auch spezielle Endigungsgründe, wie z. B. Widerruf in gewissen Fällen, Ablauf der Maximalfrist (20 bzw. 30 Jahre) [24]). *Nie* ist der Bürgschaftsvertrag aber so von der bürgenden Person abhängig, daß die Bürgschaft *mit dem Tod des Bürgen hinfällig würde* [25]). Die Bürgschaftsverpflichtung belastet weiterhin die Erbmasse [26]).

V. Zur Ergänzung der bisherigen knappen Ausführungen ist es notwendig, den rechtlichen Charakter der Bürgschaftsverpflichtung zu skizzieren:

1. Das Auffälligste am rechtlichen Charakter dieses Vertrages ist die Abhängigkeit der Verpflichtung von der Hauptschuld, die *Akzessorietät* [27]). Dies ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des Gesetzes. Vor-

---

[18]) Beck, Art. 492 N. 76 ff.

[19]) Die ganze Tragweite dieses »Einstehens« ist nur ersichtlich aus der Gesamtheit der gesetzlichen Regelungen über die Bürgschaft. Vgl. hiezu Thalmann, Das Wesen der Bürgschaft des schweizerischen OR, Diss., Bern, 1920, S. 17 ff.; Schultheß, a. a. O., S. 65 ff., vor allem 68 ff.

[20]) Vgl. die Ausführungen unten: V., 1.; Schultheß, a. a. O., S. 89.

[21]) Nach dem revidierten Gesetz kann der Bürge auf keinen Fall über den Betrag, der in der Bürgschaftsurkunde angegeben ist, hinaus belangt werden, während vor der Revision mit dem bestimmten Betrag noch Nebenforderungen (Zinsen, Kosten etc.) in unbeschränkter Höhe geltend gemacht werden konnten. Vgl. Beck, Art. 493 N. 29, Art. 499 N. 5 ff.; Giovanoli, Art. 493 N. 19, Art. 499 N. 1 ff.

[22]) Guhl, OR, S. 234; Beck, Art. 492 N. 76. Dadurch unterscheidet sich die Bürgschaft von der Pfandbestellung. Hier haftet nur das Pfand.

[23]) Ausnahmen bei der Saldoziehung im Kontokorrent und beim teilweisen Untergang der Hauptschuld durch Nachlaßvertrag. Vgl. Guhl, OR, S. 243; Guhl, BR, S. 113.

[24]) OR Art. 509—511; Guhl, OR, S. 243 ff.; Guhl, BR, S. 111 ff.; Lerch-Tuason, a. a. O., S. 81 ff.

[25]) Guhl, BR, S. 121 f.; Guhl, OR, S. 245.

[26]) Ueber die teilweise Milderung dieser Haftung bei Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar vgl. ZGB Art. 591; Guhl, OR, S. 245; Guhl, BR, S. 121 f.; Tuor, Das schweizerische ZGB, 4. Aufl., Zürich, 1940, S. 360.

[27]) Dadurch unterscheidet sich die Bürgschaft von andern Verträgen mit der gleichen oder einer ähnlichen wirtschaftlichen Bedeutung, z. B. Garantievertrag, kumulative Schuldübernahme. Ausführliches über die Abgrenzung der Bürgschaft von ihr ähnlichen Verträgen vgl. § 15.

aussetzung für eine Bürgschaft ist, wie wir gesehen haben, die Hauptschuld. Die Bürgschaft tritt zur Hauptverpflichtung hinzu, sie ist von ihr abhängig [28]). Ohne Hauptschuld keine Bürgschaft. Diese Abhängigkeit äußert sich bei der Entstehung, bei Inhalt und Umfang, bei der Ausübung der Gläubigerrechte, beim Untergang und der Zession der Bürgschaft [29]). Nichtigkeit und Ungültigkeit der Hauptschuld wirken sich darum immer entsprechend auf die Bürgschaft aus [30]).

2. Im Zusammenhang mit der Akzessorietät ist zu nennen die *Subsidiarität* [31]). Sie besteht darin, daß der Bürge erst belangt werden kann, wenn der Gläubiger sich fruchtlos an den Hauptschuldner gewandt oder ohne Erfolg eventuell vorhandene Pfänder verwertet hat [32]). Diese Subsidiarität, die auf den ersten Blick als Selbstverständlichkeit erscheint, fehlt aber gerade bei der am häufigsten vorkommenden, bei der Solidarbürgschaft [33]). Dadurch gestaltet sich die Bürgschaftsverpflichtung als besonders belastend.
3. Der Bürgschaftsvertrag ist ferner ein *einseitig verpflichtender oneröser* Vertrag [34]). Ordentlicherweise ist die Bürgschaft also unentgeltlich. Dies schließt nicht aus, daß mit dem Bürgen doch eine Gegenleistung oder ein Entgelt, z. B. Bürgschaftsprämien, vereinbart werden können [35]).

VI. Die Tatsache, daß der Bürge keine eigene Schuld auf sich nimmt, sondern nur die Verpflichtung, für die Verbindlichkeit eines Dritten gutzustehen (in der Hoffnung selbstverständlich, daß dieses Einstehen nie aktuell wird), hat die Bürgschaft zu einem weitverbreiteten und beliebten Kredit-Sicherungsmittel ausgebildet. Dieses Nicht-Ueberblicken der später eventuell akut werdenden Tragweite einerseits und der Umfang der Haftung in quantitativer (Einstehen mit dem ganzen Vermögen) und in zeitlicher Hinsicht (Haftung über den Tod hinaus) anderseits statuieren die Bürgschaft aber als ein *sehr gefährliches Kreditinstrument,* das den Gesetzgeber seit jeher beschäftigt hat.

---

[28]) Fick, Allgemeines zum Titel Bürgschaft, N. 13; Becker, Art. 492 N. 22 f.; Beck, Art. 492 N. 88 ff.; Giovanoli, Art. 492 N. 16 ff.; Lerch-Tuason, a. a. O., S. 9; Schultheß, a. a. O., S. 78 ff.; v. Tuhr, a. a. O., S. 226.

[29]) Giovanoli, Art. 492 N. 19 ff.; Beck, Art. 492 N. 91 ff.; Schultheß, a. a. O., S. 79 ff., 84 ff.

[30]) Giovanoli, Art. 492 N. 76 ff.; Beck, Art. 492 N. 115 ff.; Becker, Art. 494 aOR N. 2.

[31]) Giovanoli, Art. 495 N. 1 ff.; Beck, Art. 492 N. 96 ff.; Guhl, OR, S. 236, II; Schultheß, a. a. O., S. 94.

[32]) Beck, Art. 492 N. 96.

[33]) Der Unterschied der Solidarbürgschaft zur einfachen Bürgschaft besteht eben gerade darin, daß der Bürge die Einrede der Vorausklage und die der vorgängigen Verwertung der Pfänder nicht hat. Der Bürge hat *keine subsidiäre,* sondern *eine primäre* Leistungspflicht übernommen. Vgl. Fick, Art. 496 N. 4/5; Beck, Art. 496 N. 6 ff.; Giovanoli, Art. 496 N. 1 ff.; Guhl, OR, S. 237; Guhl, BR, S. 57 ff.; Lerch-Tuason, a. a. O., S. 27 f.

[34]) Beck, Art. 492 N. 99; Becker, Art. 492 N. 14; Reichel, Zum schweizerischen Bürgschaftsrecht, SJZ 11, S. 104 f.; Rein, a. a. O., S. 51, und die dort Zitierten.

[35]) Beck, Art. 492 N. 100; Becker, Art. 492 N. 14, a. E.; Reichel, a. a. O., S. 104; Rein, a. a. O., S. 51.

Historischer Werdegang

§ 2. Die Notwendigkeit der Revision des Bürgschaftsrechts

I. Bei der Betrachtung der Beschlüsse verschiedener Interessengruppen und ihrer Eingaben an den Bundesrat, der Motionen und Postulate [1]) in kantonalen und im eidgenössischen Parlament während der letzten zehn Jahre kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß weite Kreise des Landes geradezu von einer *Bürgschaftsnot* heimgesucht wurden. Allerdings ist es erwiesen, daß sich dieser Notschrei nach Hilfe nicht in allen Landesgegenden erhob. Vom Bürgschaftselend heimgesucht waren vor allem das Berner-Oberland, der Berner-Jura, Gegenden in der Waadt, Freiburg, Zürich, Thurgau und Gebiete im Kanton St. Gallen [2]). Anderseits trat die Bürgschaft in den Kantonen Tessin und Wallis und zum Teil in der Waadt [3]) eher zurück vor der Eingehung von Wechsel-Verpflichtungen. Auch litten nicht alle Bevölkerungsschichten gleicherweise unter der Fron der Bürgschaft. Vor allem betroffen wurde der Mittelstand, und zwar Landwirtschaft und Gewerbe, anderseits waren aber auch die Fixbesoldeten stark damit belastet [4]).

Auf alle Fälle ist die Bürgschaft für das heutige Wirtschaftsleben *von fundamentaler Bedeutung*. Eine allgemeine Statistik, die angeben könnte, in welchem Umfange vom Gläubiger die Sicherung seines Darlehens durch Bürgschaft verlangt wird, fehlt. Wir müssen uns in dieser Beziehung auf Zusammenstellungen einzelner Banken stützen. Ein Berechnung des Verbandes schweizerischer Lokalbanken, Spar- und Leihkassen ergibt, daß allein von ihren Hypotheken, Vorschüssen und Konto-Korrent-Krediten im Gesamtwert von 4½ Milliarden rund ein Drittel, d. h. 1½ Milliarden verbürgt waren [5]). Dies ist ein Einzelbeispiel. Dazu muß berücksichtigt werden, daß in dieser Zusammenfassung lediglich Bankkredite erfaßt werden. Die Großzahl der Bürgschaften, die im Privatverkehr von Mann zu Mann abgeschlossen werden, können auch nicht annähernd geschätzt werden.

Die Tatsache der Häufigkeit der Bürgschaft allein würde aber noch nicht den Schluß rechtfertigen, von einer Bürgennot zu sprechen, obwohl jede Bürgschaft, auch wenn es nicht zur Zahlung kommt, zu einer moralischen Belastung des Bürgen werden kann. Diese Feststellung bestärkt

[1]) Vgl. hiezu § 3 Geschichtlicher Ueberblick.
[2]) Ber. J. A., S. 8.
[3]) Huber, Bull. NR, 20. Febr. 1940, S. 68. Bolla, Bull. StR, 4. April 1940, S. 240.
[4]) Ber. J. A., S. 8.
[5]) Ber. J. A., S. 9; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Bürgschaftsrechts, 20. Dez. 1939, S. 7.

eher die Auffassung, daß die Bürgschaft im heutigen Wirtschaftsverkehr *zu einer Notwendigkeit, zu einem Bedürfnis geworden ist.*

Die Bürgschaft wird zur *materiellen Belastung,* wenn die Haftung des Bürgen akut wird. Aber auch da darf man nicht einen zu strengen Maßstab anlegen: Zweck der Bürgschaft ist es schließlich, die Forderung zu sichern, nicht nur moralische Gewähr zu bieten, sondern im Ernstfall auch materiell für die Erfüllung der Hauptobligation einzustehen. Immerhin sollte diese zweite Art der Zweckverwirklichung in einer gesunden Wirtschaft die Ausnahme bilden.

Eine Gesamtübersicht von den zur Leistung herangezogenen Bürgen fehlt. Es liegen auch hier nur die Statistiken verschiedener Bankunternehmen vor. Die Angaben dieser Institute schwanken zwischen 1 % und 6,2 % der *verbürgten Beträge* [6]) für normale Zeiten, während nach Angaben einer Großbank 15,15 % von sämtlichen Bürgschafts*geschäften* [7]) zur Realisierung gelangten. Dabei hängt die mehr oder minder große Notwendigkeit der Bürgenbeanspruchung weitgehend vom Geschäftsgebaren des Gläubigers ab [8]). Doch schon diese Zahlen, so bescheiden sie auf den ersten Blick erscheinen mögen, gestatten einigermaßen einen Einblick in die Belastung, die das Bürgen weiten Kreisen bringt, gelten diese doch, wie oben bemerkt, für normale Zeiten [9]). Dabei handelt es sich auch hier nur um die von den Banken erfaßten Kredite. Wie oft wird, unabhängig vom Bankverkehr, wenn Darlehen von privaten Geldgebern verbürgt werden, der Bürge zur Leistung herangezogen? Wenn ein Unternehmen gegründet oder eine Erfindung ausgewertet werden soll, ist immer Kapital notwendig. Aber auch der private Darleiher will für sein Geld eine Sicherheit. Die Bürgschaft ist vielfach die einzige Möglichkeit. Wenn der Erfolg ausbleibt — und wie oft ist das der Fall —, dann muß der Bürge herhalten. Diese zahlreichen Fälle sind in keiner Statistik niedergelegt. Und doch trifft es gerade hier weitgehend den einfachen Mann. Daß in dieser Hinsicht von einer Bürgennot gesprochen werden darf, beweist schon der Umstand, daß in den letzten drei Jahren vor 1939 nicht weniger als *50 Bürgschaftsprozesse* bis vor Bundesgericht gelangten [10]).

Wenn diese Tatsachen allein schon zum Aufhorchen mahnten, so riefen vor allem *krasse Uebelstände* in manchen Landesgegenden dringend nach einer Neuordnung des Bürgschaftswesens. Die Bürgschaft, die als solche schon eine Belastung bedeutet, wird zum Unheil, wenn sich jemand *überverbürgt.* Einzelfälle kann man übersehen; es hat sich bei eingehenden

[6]) Ber. J. A., S. 10; Botsch., S. 8.

[7]) Ber. J. A., S. 10.

[8]) Vgl. die Ausführungen von Heuberger, Delegierter des Verbandes schweiz. Darlehenskassen, in der Expertenkommission für die Revision des Bürgschaftsrechts vom 24./25. April 1939. Er führt aus, daß von 70 ländlichen Darlehenskassen des Kantons St. Gallen Dutzende in zwanzig Jahren keinen einzigen Bürgen heranziehen mußten. Nur zehn Institute wiesen mehr als zehn Posten auf, wo Bürgen belangt werden mußten. Exp. Kom., S. 5.

[9]) Schematisch dargestellt, würde mit obigen Zahlen des Verbandes schweizerischer Lokalbanken, Spar- und Leihkassen sich folgendes Bild ergeben: Mittelwert zwischen 1 % und 6 % = 3,5 %, das ergäbe auf 1½ Milliarden eine Realisierung von Bürgschaften im Wert von rund 52 000 000 Franken.

[10]) Vgl. die Ausführungen von Bundesrichter Stauffer in Exp.Kom., S. 6.

Erhebungen aber erwiesen, daß *ganze Landesgegenden* von dieser »Krankheit« geradezu heimgesucht wurden[11]). Dabei spielt die sog. *Bürgschaftsreiterei,* die *gegenseitige Bürgschaft* eine verderbliche Rolle[12]). Damit A ein Darlehen erhält, bürgt ihm B, aber nur unter der Bedingung, daß der selber kreditbedürftige A wiederum eine Bürgschaftsverpflichtung zugunsten des B auf sich nimmt[13]). Dies artet aus in die sog. *Kettenbürg-*

[11]) I. In Beantwortung der Motion Rubattel führte der Berichterstatter der Kommission des Waadtländer Großen Rates folgende Beispiele aus:

Commune	A	49	cas examinés,	total des	cautionnements	frs	319 517.—
»	B	48	»	»	»	»	233 610.—
»	C	16	»	»	»	»	55 250.—
»	D	7	»	»	»	»	12 550.—
»	E	15	»	»	»	»	19 880.—

(Vgl. Bulletin du Grand Conseil du Canton de Vaud, Sept. 1933, S. 158 f.)

II. Die st. gallische Bauernhilfskasse hat in einer Gegend, deren finanzielle Verhältnisse besorgniserregend waren, in einer Spezialuntersuchung sämtliche Bürgschaftsverpflichtungen aller Betriebsinhaber erfaßt und nachkontrolliert mit folgendem Ergebnis:

Höhe der gesamten Bürgschaftsverpflichtungen	Anzahl der Betriebsinhaber	Bürgschaften pro Bürge
Keine	145	0
1— 10 000	115	2,2
10 001— 20 000	42	5,5
20 001— 30 000	25	3,4
30 001— 40 000	20	9,8
40 001— 50 000	13	11,4
50 001— 60 000	8	16,3
60 001— 70 000	8	16,1
70 001— 80 000	2	18,0
80 001— 90 000	2	22,0
90 001—100 000	5	22,2
100 001—110 000	1	36,0
120 001—130 000	2	22,5
220 001—230 000	1	34,0
290 001—300 000	1	71,0

(Vgl. Mitteilungen von Dr. W. G. in Nr. 474 NZZ, 19. März 1935, Blatt 5.)

Zusammengefaßt ergibt sich folgendes Bild:

Von 390 Betriebsinhabern der Gegend haben 245 in zusammen 1549 Bürgschaftsverträgen Verpflichtungen auf sich genommen im Gesamtwert von ungefähr 5 500 000 Franken (gerechnet mit Mittelwerten).

[12]) Ber. J. A., S. 7; Botsch., S. 6.

[13]) *Beispiele:*

I. »Infolge gegenseitiger mehrmaliger Verbürgung müssen 9 Betriebe, deren Leiter Schwäger oder Brüder sind, gemeinsam saniert werden.« »Die Liegenschaften haben eine Grundsteuerschatzung von Fr. 433 300.—. Die hypothekarische Belastung beträgt aber Fr. 500 200.—, also über 100 % der amtlichen Schatzung. Dazu kommen aber Fr. 40 100.— aufgelaufene Grundpfandzinse. Außerdem bestehen noch Fr. 147 000.— Kurrentschulden. Eine derartige Verschuldung bedingt Bürgschaften, und ein Dienst auf diesem Gebiet erheischt Gegendienste, und so ergeben die fälligen Bürgschaften Fr. 804 500.—. Die 9 Familien haben also gegenüber einer Katasterschatzung von Fr. 433 300.— eine Gesamtschuldenlast von Fr. 1 491 800.—.«

Vgl. Protokoll über die Verhandlungen des NR, 11. Sess., 29. Leg.Peri., S. 154.

II. 11 Betriebe; Grundsteuerschatzung Fr. 497 000.—; Bürgschaftsverpflichtungen Fr. 838 000.—.

Vgl. Salzmann, Bauernhilfskassen und bäuerliches Notrecht im Kanton Bern, Zeitschrift des bern. Juristenvereins, 70, S. 162.

schaften, so daß ganze Dorfschaften und weite Kreise eines Bezirkes durch Bürgschaftsverpflichtungen, Gegenversprechen und Rücksicherungen zu einer Schicksalsgemeinschaft zusammengekettet sind. Der Sturz einer einzigen dieser verpflichteten Personen reißt oft sämtliche Mitverbundenen ins Unglück [14]). Dies sind Tatsachen, die eine Revision unbedingt forderten.

II. Um dem Notstand steuern zu können, muß der Arzt die Ursache, die Quellen der Krankheit erforschen. Abhilfe muß an der Wurzel des Uebels einsetzen.

1. Ein gewichtiger Grund für die Bürgennot ist unbestreitbar die *Krise* [15]). Man darf die Bürgschaft nicht gesondert betrachten. Sie ist eng verbunden mit dem Kreditwesen [16]). In Zeiten der Prosperität und der Konjunktur ging man darauf aus, alle Werte, vor allem Grund und Boden zu kommerzialisieren. Insbesondere letztere überschätzte man dabei vielfach. In der Regel wurden die nachgehenden Hypotheken verbürgt [17]). Die fremden Mittel halfen Unternehmen ausbauen, z. B. die Stickerei oder die Hotellerie [18]). Bürgschaften mußten die Darlehen sichern. Auf der andern Seite gestalteten die Gläubiger den Kredit zu einem möglichst ertragreichen Geschäft. Sein Hauptzweck, materiell Schwächeren zur Existenz zu verhelfen, wurde zum sekundären herabgemindert zugunsten des Profithungers der Gläubiger [19]). Dies alles förderte eine massive Verschuldung, über die man sich in falschem Optimismus über die aufgetriebene Konjunktur hinwegtäuschte [20]).

   Die Krise hat diese Illusionen zerstört. Die Liegenschaften, die oft überschätzt waren, wurden entwertet. Vor allem die nachgehenden Hypotheken boten nicht mehr genügende Sicherheit. Daher eine Unzahl von Pfandverwertungen [21]). Die Landwirtschaft wurde notleidend, Stickerei und Hotellerie brachen zusammen; sie mußten saniert werden [22]). Bei all diesen Krisenerscheinungen konnte der Einfluß auf die Bürgschaften nicht ausbleiben: Die *Bürgschaftsverpflichtungen,* die man nur als formelle Sicherheiten betrachtet hatte, wurden *häufig akut* [23]).

---

[14]) *Statistisches:*
So waren z. B. in einem Konkurs 23 Bürgen beteiligt; in einem andern hatten sich deren 29 für den Hauptschuldner verbürgt und 21 neben diesem. Ber. J. A., S. 7.

[15]) Ber. J. A., S. 3 ff.; Ausführungen des Berichterstatters der NR-Kommission, Huber, Bull. NR, 19. Febr. 1940, S. 52.

[16]) Henry, La révision de la législation en matière de cautionnement, ZschwR, N. F. 54, S. 151 a.

[17]) Ber. J. A., S. 5.

[18]) Vgl. die Ausführungen von Vieli, Kom. StR, 18./19. März 1940, S. 6/7.

[19]) Henry, a. a. O., S. 151 a.

[20]) Iten, Bull. StR, 4. April 1940, S. 236.

[21]) Ber. J. A., S. 5.

[22]) Vgl. z. B. BB vom 28. Sept. 1934/20. Dez. 1938 über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für notleidende Bauern (A. S., 50: 1075 und 54: 935); abgeändert durch den BB vom 11. Dez. 1941 über Verlängerung der Geltungsdauer und Abänderung der vorübergehenden rechtlichen Schutzmaßnahmen für notleidende Bauern. (A. S. 57, 1442 ff.). Ferner: VO des Bundesrates vom 19. Dez. 1941 über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für die Hotel- und Stickereiindustrie (A. S. 57, 1943 ff.). Ausführliches darüber § 3, Anm. 4.

[23]) Ber. J. A., S. 3.

2. Es war sicher nicht Absicht des Gesetzgebers, diesen Krisenerscheinungen mit einer Gesetzesrevision abzuhelfen. Anderseits ist aber auch einzugestehen, daß *das Gesetz der Krise nicht gewachsen war.* Ein Gesetzgeber hat auch außerordentliche Umstände im Auge zu behalten, wenn er eine Norm prägt [24]). Diese Erkenntnis war es, die den Gesetzgeber drängte, die Revision an die Hand zu nehmen, anderseits aber auch die Tatsache, daß im Gesetz Mängel vorhanden waren, die das Bürgschafts*unwesen direkt kausal* bedingten. Die Bürgschaftsnot besteht nämlich, wie oben dargetan, nicht nur in der zahlenmäßig häufigen Inanspruchnahme der Bürgen, sondern zu einem großen Teil auch im unmäßigen Ueberverbürgen, im gegenseitigen Sichverpflichten. Hiefür war keineswegs in erster Linie die Krise Ursache.

Ein Grund, der diese Uebelstände ermöglichte, liegt zweifellos *im Wesen der Bürgschaft.* Der einfache Mann wird sich der Tragweite einer Verpflichtung dann am ehesten bewußt, wenn ihre Auswirkungen sich möglichst sofort und bestimmt zeigen, z. B. bei der Handschenkung. Je weiter aber die Verpflichtung in der Zukunft liegt und je unsicherer sie wird, um so weniger übersieht das Rechtssubjekt ihre Schwere und Wichtigkeit. Die Bürgschaft nun ist vielleicht das Institut, das den sich Verpflichtenden am leichtesten über die Tragweite seiner Bindung hinwegtäuscht: Er muß nichts zahlen, er verpflichtet sich rein formell, vielleicht aus Gutmütigkeit, aus Gefälligkeit, am Wirtstisch, im Gesangsverein. Man verbürgt sich für hohe Summen, ohne überhaupt das Geld zu haben, weil man gar nicht ans Zahlen denkt. Der Bürge glaubt an die Bonität des Schuldners, an die Prosperität des Unternehmens.

Diese unwirklich scheinende und tatsächlich doch so drohende Gefahr, dieses Unbestimmte der Tragweite einer Bürgschaftsverpflichtung, über die Unbedachtsamkeit, Leichtsinn und Gutmütigkeit [25]) vieler Bürger achtlos hinwegstolperten, ist in Tat und Wahrheit die Ursache des unmäßigen Ueberverbürgens. Und das Resultat bei der in quantitativer und zeitlicher [26]) Hinsicht sehr strengen Haftung ist Pfändung und Konkurs, Elend und Not [27]).

---

[24]) Vgl. Postulat Schirmer, Protokoll über die Verhandlungen des NR, 9. Sess., 29. Leg.Peri., S. 151.

[25]) Stauffer nennt das leichtsinnige Bürgen in der Schweiz geradezu eine notorische Tatsache. Stauffer, Die Revision des Bürgschaftsrechts, ZschwR, N. F., 54, S. 17 a.

[26]) Vgl. Einleitung, Nr. IV, 1 und 2.

[27]) Dieser seelische und materielle Druck einer Bürgschaft ist im Volksmund lebendig in Sprichwörtern: »Bürgen tut würgen«, oder ursprünglich: »Bürgen soll man würgen.« Die Bürgschaft wird aber seit jeher als schwere Belastung aufgefaßt. Schon aus den alttestamentlichen Weisheitsbüchern sind Worte bekannt, die die Belastung des Bürgen trefflich schildern: »Eine leichtsinnige Bürgschaft hat schon viele zugrunde gerichtet und sie wie Meereswogen ins Wanken gebracht. Sie hat reiche Männer aus der Heimat vertrieben, so daß sie unter fremden Völkern umherirren mußten. Ein Sünder, der das Gebot des Herrn übertritt, stürzt sich in leichtsinnige Bürgschaft.« (Sirach 29, 24—27.) Oder: »Verbürg Dich nicht über Dein Vermögen hinaus; hast Du Dich aber verbürgt, dann betrachte Dich als Zahler.« (Sirach, 8, 16.) Und noch deutlicher: »Hast Du Dich für Deinen Nächsten verbürgt..., so tue, was ich Dir sage, mein Sohn; mache Dich frei, denn Du bist

Dem leichtsinnigen Sichverbürgen kann der Gesetzgeber Einhalt gebieten, indem er die *Eingehung des Bürgschaftsvertrages erschwert.* Das schweizerische OR von 1911 [28]) verlangte die *schriftliche Form* und die *Angabe eines bestimmten Betrages* (aOR Art. 493). Diese Schriftlichkeit bestand aber lediglich in der eigenhändigen Unterschrift [29]). Der angegebene Betrag war nicht als Höchstbetrag der Haftung aufgefaßt, es konnten Zinsen [30]) und Kosten infolge von Verzug, Verschulden, Ausklagung und Betreibung [31]) dazugeschlagen werden. Während die Meinung der Rechtswissenschaft geteilt war [32]), entschied das schweiz. Bundesgericht, daß nicht einmal eine ziffernmäßige Angabe des Betrages verlangt sei [33]). Diese vom Gesetzgeber sicher gutgemeinten Formerfordernisse versagten also, indem sie das häufige Ueberverbürgen nicht verhindern konnten. Es bestanden im Gesetze Schwächen, die vielleicht durch die wirtschaftliche Entwicklung des Landes mehr herauskristallisiert wurden, die aber, wollte der Gesetzgeber die krankhafte Entwicklung in dieser Hinsicht unterbinden, dringend einer entsprechenden Revision des Gesetzes riefen.

Wenn sich jemand verbürgt oder vielleicht zu stark verbürgt hatte, so wurde eventuell die drohende Gefahr dadurch gebannt, daß der Gesetzgeber dem Bürgen Hilfsmittel, Einreden und Milderungen verschaffte, die die Bürgschaftsverpflichtung oft tragbar gestalteten [34]).

Deinem Nächsten in die Hände gefallen. Eile ohne Säumen und bestürme Deinen Nächsten; reiß Dich los wie eine Gazelle aus der Hand (des Jägers), wie ein Vogel aus der Gewalt des Vogelstellers.« (Sprüche 6, 1—5.) Vgl. Kalt, Biblisches Reallexikon, 2. Aufl., Paderborn, 1938, unter »Bürgschaft«, Spalte 314.

[28]) Vgl. Geschichtlicher Ueberblick, § 3.

[29]) Fick, Art. 493 aOR N. 15 f.

[30]) Zinsen konnten hinzugeschlagen werden für das laufende und das letzte vergangene Jahr. Becker, Art. 493 N. 11; Fick, Art. 493 N. 52, Art. 499 N. 44 ff.; Oser, Art. 493 IIe; Art. 499, 2 c α.

[31]) Fick, Art. 494 aOR N. 53, Art. 499 N. 22 ff.; Oser, Art. 499 aOR, S. 869 f.; Becker, Art. 493 aOR N. 12 f.

[32]) Fick, Art. 493 aOR N. 44 ff. Er verlangt die ziffernmäßige Angabe der Hauptschuld. Anderer Meinung: Oser, Art. 493 aOR II 1 d; Becker, Art. 493 N. 9; so auch: Tobler, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, Diss. Bern 1926, S. 49.

[33]) Es entschied, daß es genüge, wenn der Bürge durch »logische Ueberlegung« oder »einfache rechnerische Operation« im Zeitpunkt, wo die Bürgschaft eingegangen wird, den Höchstbetrag seiner Haftung »an Hand der in der Bürgschaftsurkunde oder im Schuldschein enthaltenen Angaben ohne weiteres mit Sicherheit bestimmen kann«. BGE 42 II 153; 43 II 515; 47 II 306; 49 II 379; 50 II 290; 56 II 384; 57 II 526; 61 II 100. Vgl. Keller, Die Auslegung der neuen Vorschrift des Art. 493 OR betr. »Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung des Bürgen« im Bürgschein als formelle Voraussetzung der Gültigkeit der Bürgschaft durch die Rechtssprechung des BGer., Schweiz. Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht sowie für Zivilprozeßrecht, Zürich, 16. Jhrg., 1926, S. 14; Guhl, OR, S. 236; Reichel, Zum Bürgschaftsrecht. VI. Die Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung, SJZ 20, S. 173.

[34]) Vgl. die verschiedenen Einreden, z. B. die Einrede der mangelnden Fälligkeit, Einrede, daß der Gläubiger die Rechte des Bürgen nicht gewahrt habe etc., Art. 505, Abs. 3, 506, 508—511 aOR (Rechte des Bürgen gegenüber dem Gläubiger). Guhl, OR, S. 239 ff.; Lerch-Tuason, a. a. O., S. 54 ff.; Schultheß, a. a. O., S. 106 ff.; v. Tuhr, a. a. O., S. 227 ff., 245 f.;

Diese Normen waren ihrer Wirkung aber vielfach wieder beraubt dadurch, daß ihnen *nur dispositiver Charakter* innewohnte [35]). Eine weitere Unzulänglichkeit, die Abhilfe verlangte!

Hinter den formellen Schwächen des Gesetzes traten die *materiellen* eher zurück. Es seien hier nur der Vollständigkeit halber die wichtigsten Punkte erwähnt, die auch in dieser Hinsicht eine durchgreifende Revision befürworten ließen, weil sie die einzelne Bürgenhaftung bis zur Unerträglichkeit erschweren konnten. Es waren dies die teilweise zu leichte Belangbarkeit des einfachen Bürgen [36]), vor allem aber die scharfe Ausgestaltung der Haftung des Solidarbürgen [37]), [38]), das Verhältnis der solidarischen Mitbürgen zum Gläubiger [39]), und die Dauer der Verpflichtung [40]).

Mit den vorstehenden Ausführungen ist nur in kurzen Zügen die Bürgennot dargelegt und mit wenigen Worten auf die Gründe hingewiesen, die diesen ungesunden Zustand in unserm Lande verursacht, ihm zum mindesten starken Vorschub geleistet haben. Die wenigen Beispiele mit ihren nackten Zahlen verschweigen aber die bittere Not und das unsägliche Elend, den Ruin vieler Familien und die unerträgliche materielle und moralische Belastung ganzer Talschaften, die hinter ihnen verborgen sind. Nicht schematische Statistiken, sondern das reale Leben und die bittere

---

ferner die Möglichkeiten des Bürgen gegenüber dem Gläubiger bei Beendigung der Bürgschaft (Art. 501—504 aOR), vgl. die Erörterungen bei v. Tuhr, a. a O., S. 246 ff.; Guhl, OR, S. 243 ff.

[35]) Hievon machten vor allem die Banken mit ihren Formularen ausgiebigen Gebrauch, indem sie ihre Stellung auf Kosten des Bürgen nach Möglichkeit sicherten. Auszugsweise ein Beispiel: Das Bürgschaftsformular der Schweiz. Kreditanstalt (es wurde dieses im StR noch als *sehr anständiges* Formular bezeichnet): Der Bürge muß haften für »sämtliche Zinsen, Provisionen und Kosten, auch soweit solche bei den üblichen Kontokorrentabschlüssen zum Kapital geschlagen werden und dadurch der verbürgte Kapitalbetrag überschritten wird.« Die Verpflichtung dauert solange, »als der Geschäftsverkehr der Schweiz. Kreditanstalt mit dem betreffenden Schuldner besteht, mag auch ein erteilter Kredit vorübergehend abbezahlt sein oder sonst zeitweilig nicht beansprucht werden.« »Die Schweiz. Kreditanstalt ist ermächtigt, auf anderweitige in ihren Besitz gelangte Sicherheiten ohne Einholung ausdrücklicher Zustimmung des Bürgen wieder zu verzichten.« »Ist die Bürgschaft nur für eine bestimmte Zeit eingegangen oder wird sie gekündigt, so ist die Schweiz. Kreditanstalt hinsichtlich der rechtlichen Geltendmachung an keine Frist gebunden; auch bleibt es ihr anheimgestellt, dem Schuldner jederzeit in beliebiger Weise Stundung zu gewähren, ohne daß der Bürge hieraus irgendwelche Rechte oder Einreden der Schweiz. Kreditanstalt gegenüber herleiten könnte« usw. (Bull. StR, Referat Iten, 10. April 1940, S. 300.)

[36]) Die Lösung im alten Gesetz vgl. Art. 495 aOR; Guhl, BR, S. 16; Botsch., S. 43.

[37]) Guhl, BR, S. 17 f.; Zoller, Bürgen soll man würgen, SJZ 4, S. 93. (Dieser Aufsatz stammt aus der Zeit vor der 11er-Revision des OR. Bei dieser Revision wurde aber in dieser Frage die gleiche Regelung beibehalten wie im OR 1881); Müller, Die Solidarbürgschaft und die Reform des Bürgschaftsrechts, SJZ 36, S. 277 ff.; ferner die Regelung der Solidarbürgschaft im aOR, Art. 496 und die entsprechenden Ausführungen des Bundesrates in Botsch., S. 29; Ber. J. A., S. 30.

[38]) Es war vor der Revision sogar der Ruf laut geworden nach gänzlicher Abschaffung der Solidarbürgschaft. Botsch., S. 29; Kom. NR, 10./11. Jan. 1940, S. 3.

[39]) Guhl, BR, S. 19; Lerch-Tuason, a. a. O., S. 32; Ber. J. A., S. 32 f.; Becker, Art. 497 aOR N. 7 ff.; Fick, Art. 497 aOR N. 7 ff.; Oser, Art. 497, 2 b, S. 866.

[40]) Guhl, BR, S. 20; Ber. J. A., S. 40 ff.; Botsch., S. 34 f.

Erkenntnis, daß die Bürgschaft »zu einer seelischen Geiselschaft«[41]) geworden, waren die Gründe, die weite Volkskreise und einsichtige Politiker eine Erneuerung entschieden fordern ließen und schließlich den Gesetzgeber selber bewogen, die *notwendige Revision des Bürgschaftsrechts* energisch an die Hand zu nehmen.

§ 3. Geschichtlicher Ueberblick mit besonderer Berücksichtigung der Zustimmung des Ehegatten

Stauffer trifft den Kernpunkt der historischen Entwicklung der Bürgschaft, wenn er aus seinen Schilderungen über die Gefährlichkeit dieses Kreditmittels die Folgerung zieht: »Ein Blick auf die Geschichte des Bürgschaftswesens zeigt denn auch, daß zu jeder Zeit gegen diese Gefahren angekämpft werden mußte[1]).« In der Tat ist die gesamte Entwicklung dieses Rechtsinstituts ein Ringen des Gesetzgebers um den glücklichen *Mittelweg:* Auf der einen Seite gilt es, den Gläubiger und mit ihm das ganze Kreditwesen nicht zu einschneidend der notwendigen Sicherheiten zu berauben, auf der andern zwingen ihn finanzielle Not und Ueberbelastung des Bürgen zu wirksamen Schutzmaßnahmen. Daher dieses stete Auf und Ab in der Bürgschaftsgesetzgebung, der heftige Ruf nach Revision im einen Lager, die Ablehnung und Reserve in dem der Gegner.

Um den neuen Art. 494 OR verstehen zu können, ist es notwendig, nicht seine Geschichte selbständig zu betrachten, sondern ihn hineinzustellen in das gesamte Gefüge der Revision des Bürgschaftsrechts. Es ist jedoch nicht Aufgabe dieser Arbeit, die Evolution der Bürgschaft und die diesbezüglichen Revisionspostulate seit ihrem Auftauchen in der Rechtsgeschichte darzustellen[2]). Deshalb beschränkt sie sich auf die allgemeinen Erneuerungsbestrebungen seit der Schaffung des OR von 1881, um anschließend das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten einer näheren geschichtlichen Prüfung zu unterziehen.

I. Charakter und Inhalt des Bürgschaftsrechts von 1881 sind im wesentlichen gleich wie die des heutigen 20. Titels des Obligationenrechts[3]). Die ganze Entwicklung bis heute trägt überhaupt den Grundzug, nicht das Wesen der Bürgschaft zu tangieren, sondern ihre Gefährlichkeit zu bannen durch Schutzbestimmungen zugunsten des Bürgen, durch Einschränkungen der strengen Haftung[4]), vor allem durch die *Aufnahme von*

[41]) Iten, Bull. StR, 4. April 1940, S. 236.

[1]) Stauffer, Die Revision des Bürgschaftsrechts, ZschwR, N. F. 54, S. 16 a.

[2]) Vgl. hiezu Thalmann, Das Wesen des schweiz. Obligationenrechts (geprüft auf Grund der geschichtlichen Bürgschaftsformen); ferner als Spezialuntersuchung drei vom schweiz. Juristenverein gekrönte Arbeiten von Hürlimann, Weisflog und Gmür, Die Haftbarkeit der Erben für die Bürgschaftsschulden des Erblassers nach schweizerischem Recht, historisch und de lege ferenda dargestellt, alle drei Basel, 1896.

[3]) Die Aenderungen anläßlich der Revision von 1911 und 1942 vgl. unten S. 13 und 16.

[4]) Haberstich, Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich, 1884, S. 292. Er ist der Ansicht, daß das Bürgschaftsrecht von 1881 in der milden Behandlung des Bürgen bereits zu weit gehe.

Formerfordernissen, die den Bürgschaftsvertrags-Abschluß erschweren und die Häufigkeit der Verpflichtungen dadurch vermindern sollten.

In diesem Sinne sahen schon die Vorentwürfe des OR von 1881 [5]) und in der Folge das *Gesetz vom 14. Brachmonat (Juni) 1881* selber in Art. 491 vor: »Die Bürgschaft bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Vertragsform.« Die Tendenz des Gesetzgebers ist offensichtlich die gleiche wie bei der neuesten Revision [6]). Jedoch schien schon damals ein gewisser Kreis von Personen den Schutz vor unüberlegtem Bürgen als zu schwach zu betrachten und rief nach wirksameren beschränkenden Maßnahmen [7]), [8]).

Diese Forderungen blieben wach [9]), bekamen aber erst Gestalt anläßlich der *ersten OR-Revision* von 1911 [10]). Neben einigen redaktionellen Aenderungen und wenigen, aber interessanten materiellen Umgestaltungen (Regelung der Kündigung bei der Amts- und Dienst-Bürgschaft, Art. 504, OR 1911; Verbot des vorgängigen Verzichts auf das Regressrecht, Art. 505, Abs. 2, OR 1911; Erhöhung der Diligenzpflicht des Gläubigers bei der Amts- und Dienstbürgschaft, Art. 509, Abs. 2, OR 1911) [11]) ist im Interesse eines wirksamen Schutzes vor unüberlegtem Bürgen die *Angabe eines bestimmten Haftungsbetrages* verlangt (Art. 493, OR 1911).

Die Wirkung, die der Gesetzgeber vom neuen Formerfordernis erhoffte, blieb aus [12]). Infolge der immer größeren Ausbreitung der Mißstände im Bürgschaftswesen wurden bereits nach dem Weltkriege 1914—18 erneut Stimmen laut, die eine durchgreifende Abhilfe in dieser Hinsicht forderten [13]). Zum Teil schon während des Krieges, dann in den Nachkriegsjahren und in der Folge bis auf unsere Zeit bemühte sich der Bundesgesetzgeber in den sog. *Krisenmaßnahmen,* nicht nur dem bedrängten Schuldner sondern auch dem Bürgen durch Sonderbestimmungen dessen außerordent-

---

[5]) Entwurf von 1875 im 14. Titel: Bürgschaft und Kreditauftrag, Art. 494; Entwurf von 1877 im 16. Titel: Bürgschaft und Kreditauftrag, Art. 494; Entwurf von 1879 im 14. Titel: Bürgschaft, Art. 500.

[6]) Haberstich, a. a. O., S. 298: »Diese Vorschrift bezweckt, Streitigkeiten zu verhüten und einer allzu leichtfertigen Eingehung von Bürgschaften entgegenzuwirken.«

[7]) Haberstich, a. a. O., S. 298: »Aber auch so ist das „Bürgen" geeignet, gutmüthige Menschen ins Unglück zu bringen und große ökonomische Verheerungen anzurichten.

Die Geschädigten rufen nach Beschränkungen und Sicherheitsmitteln, z. B. Auflage eines Bürgschaftsregisters, öffentliche Urkunde oder amtliche Beglaubigung. Die Schweiz. Gesetzgebung wird jedoch kaum auf solche Postulate eingehen ... «

[8]) Es wurde sogar damals schon der Ruf laut, die Bürgschaft überhaupt zu beseitigen. Haberstich, a. a. O., S. 291.

[9]) Gmür, a. a. O., S. 55, 65 ff. Es ist ein Zeichen der Aktualität dieser Frage, daß der Schweiz. Juristenverein dieses Thema als Preisarbeit ausschrieb. Obwohl sie nur ein Teilgebiet erfaßt, ist daraus doch der Kampf gegen die Strenge des Bürgschaftsrechts ersichtlich. Auch die von Gmür (S. 66) zitierten Referate beweisen, daß das Bürgschaftsproblem schon in den 80er Jahren sehr akut war.

[10]) Zusammengefaßte Revisionsgeschichte vgl. v. Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. ergänzte Auflage, Zürich, 1942, S. 1.

[11]) Bull. NR, 27. Oktober 1909, S. 701, 28. Oktober 1909, S. 717 f.; Bull. StR, 15. Juni 1910, S. 230 ff.

[12]) Vgl. hiezu die entsprechenden Ausführungen in § 2, S. 10.

[13]) Giovanoli, ZschwR; n. F. 60, S. 207.

liche Belastung zu mindern [14]). Diese Maßnahmen, so notwendig sie waren, konnten höchstens in Fällen, wo die Not bereits da war, etwas lindern; sie besaßen jedoch niemals den Charakter von Präventivmaßnahmen.

Der Ruf nach einer gründlichen Revision wurde zum ersten Mal ins Parlament getragen durch *Nationalrat Schirmer*. Er formulierte in seinem Postulat vom 8. Dezember 1932 konkrete Vorschläge [15]) und begründete sie in der Sitzung vom 27. September 1933 [16]).

Kaum ein halbes Jahr nachher verlangte *Großrat Rubattel* im Waadtländer Kantonsrat eine Prüfung der kantonalen Möglichkeiten, das ländliche Bürgschaftswesen zu sanieren, wenigstens das Eingehen von Bürgschaften zu erschweren [17]).

Diesem Vorstoß in einem kantonalen Parlament folgte in gleichem Jahre erneut ein solcher im Bundeshaus. In seinem Postulat vom 6. Dezember 1933 ersuchte *Nationalrat Schmutz* [18]) den Bundesrat, die Revision des Bürgschaftsrechts zu prüfen [19]).

Die Kommission des Nationalrates, welche die Frage der *Erweiterung der rechtlichen Schutzmaßnahmen für notleidende Bauern* beriet, stimmte am 31. August 1934 einem Postulat zu, in welchem der Bundesrat ersucht wurde, »die Revision der Bürgschaftsbestimmungen des Obligationenrechts beförderlich an die Hand zu nehmen« [20]).

Wenige Wochen darnach, am 17. Oktober 1934 reichte die *Kommission des Ständerates zur Beratung des Bankengesetzentwurfs* ein Postulat ein,

---

[14]) Vgl. VO des Bundesrates betr. Schutz der Hotelindustrie gegen Folgen des Krieges, vom 2. Nov. 1915 (Art. 9, Abs. 3); VO des Bundesrates betr. die Nachlaßstundung, das Pfandnachlaßverfahren und das Hotelbauverbot, vom 18. Dez. 1920 (Art. 23 f.); BB über das Pfandnachlaßverfahren für die Hotel- und Stickereiindustrie, vom 30. Sept. 1932 (Art. 22 f.); Bundesbeschlüsse über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für notleidende Bauern, vom 13. April 1933 (Art. 22) und vom 28. Sept. 1934, letzterer verlängert bis Ende 1941 (Art. 21 ff.); BB über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für die Hotel- und Stickereiindustrie, vom 21. Juni 1935, verlängert bis Ende 1940 (Art. 22 f.); VO über eine Stundung für die Hotel- und Stickereiindustrie, vom 3. Nov. 1939 (Art. 12); BB vom 21. Juni 1935 und die VO vom 3. Nov. 1939 (letztere, abgesehen von Uebergangsfällen, Schluß- und Uebergangs-Bestimmungen Art. 64, Abs. 2) wurden ersetzt durch die neue VO vom 22. Okt. 1940 über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für die Hotel- und Stickereiindustrie (Art. 35 ff. und 59); vgl. Entwurf eines BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Betriebe (Art. 21, 33 und 58 f.); Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 1936 (Bbl. 1936 II, S. 209); BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen vom 12. Dez. 1940 (Art. 19 f., 30, Abs. 1, 31 f., 37, Ziff. 5 und 62) (Bestimmung des Zeitpunktes des Inkrafttretens dieses Gesetzes durch den Bundesrat, Art. 117).

[15]) Wortlaut des Postulates vgl. Botsch., S. 1.

[16]) Protokoll über die Verhandlungen des NR, 9. Sess., 29. Leg.Peri., S. 151 ff. (unveröffentlicht).

[17]) Cautionnements ruraux: Développement de la motion Rubattel et consorts. Bulletin des séances du Grand Conseil du canton de Vaud, Séance du 18 mai 1933, S. 638 ff.

[18]) Seine praktischen Vorschläge im Wortlaut vgl. Botsch., S. 2.

[19]) Das Postulat wurde nach der Begründung durch Schmutz vom NR am 22. März 1934 angenommen. Vgl. Protokoll über die Verhandlungen des NR, 11. Sess., 29. Leg.Peri., S. 176, 208, 233.

[20]) Der NR nahm das Postulat am 26. Sept. 1934 an. Vgl. Botsch., S. 2.

das die Frage des Bürgschaftsregisters aufrollte[21]). Einen Tag nach Annahme dieses Postulats durch den Ständerat (6. November 1934)[22]), nämlich am 7. November 1934 gelangte der *Nationalrat,* auf Antrag seiner Kommission zur Beratung des Bankengesetzentwurfes[23]), mit einer entschiedenen Motion an den Bundesrat:

»Der Bundesrat wird eingeladen, der Bundesversammlung innert Jahresfrist einen Gesetzesentwurf zur Bekämpfung der Mißstände im Bürgschaftswesen vorzulegen[24]).«

Damit war der Stein ins Rollen gebracht. Das Justiz- und Polizeidepartement beauftragte seine Justizabteilung mit der Ausarbeitung eines *Entwurfs,* den diese zu Beginn des Jahres 1937 vorlegte[25]). Schon während der Vorstudien zum Entwurf, vor allem aber nach dessen Vorliegen, beschäftigten sich weite wissenschaftliche, politische und gewöhnliche Volkskreise mit der Frage in Versammlungen, Resolutionen, Vorschlägen und Postulaten. Es seien lediglich beispielsweise erwähnt: die Postulate der *bäuerlichen Notgemeinschaften des Berner Oberlandes* in einer Eingabe des Schweiz. Bauernverbandes an den Bundesrat über die Verhinderung der Ueberschuldung der Landwirtschaft und Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes, vom 7. Januar 1935[26]), Vorschläge des Geschäftsführers der *st. gallischen Bauernhilfskasse*[27]), Verhandlungen des *Schweiz. Juristenvereins* vom 9. September 1935 in Interlaken[28]) und viele andere[29]).

Aufbauend auf den verschiedenen Beiträgen zum Vorentwurf der eidg. Justizabteilung, die teilweise positiv, teilweise negativ ausgefallen, arbeitete die eidg. Justizabteilung einen *II. Vorentwurf*[30]) aus, der die Grundlage bilden sollte für die Beratungen in der *Expertenkommission.* Diese Kommission, bestehend aus 23 Mitgliedern, darunter Vertreter aus sämtlichen Interessengruppen (z. B. Banken, Frauenvereinigungen), beriet die Frage in zweitägiger Sitzung (24./25. April 1939) durch[31]). Das Ergebnis dieser Verhandlungen ergab die Grundlage für den Vorentwurf zu Handen

---

[21]) Botsch., S. 2; Kom. StR für das Bankengesetz, 15./17. Okt. 1934, S. 27 f.
[22]) Botsch., S. 2; Bull. StR, 1934, S. 457 ff.
[23]) Kom. NR für das Bankengesetz, 2./3. Nov. 1934, S. 70 ff.
[24]) Bull. NR, 1934, S. 821. Und zwar erklärt der Berichterstatter, Abt, daß die Kommission sich nicht dem Postulat des StR anschließe, sondern eine *Motion mit imperativem Charakter verlange.*
[25]) Botsch., S. 2; die wichtigste Neuerung war das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung.
[26]) Vgl. Publikation des Schweiz. Bauernverbandes, Januar 1935, betr. die Entschuldung der schweizerischen Landwirtschaft und die Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes, enthaltend fünf Eingaben des Verbandes an den Bundesrat, S. 42. Sie verlangen u. a. das Bürgschaftsregister.
[27]) NZZ, Nr. 474, 19. März 1935, Blatt 5; verlangt u. a. Register und zwangsmäßige Amortisation.
[28]) Revision des Bürgschaftsrechts (Verhandlungen am Juristentag), SJZ 32, S. 100; vgl. die Referate von Stauffer und Henry, ausführlich in ZschwR 54, S. 1 a ff.
[29]) Vgl. die Eingaben zum Vorentwurf der Justizabteilung betr. das Bürgschaftsrecht. Zusammenfassung, 22. Dez. 1938, S. 1.
[30]) Vgl. Vorentwurf II (nicht veröffentlicht) zu Handen der Expertenkommission, vom 11. März 1939.
[31]) Die Einzelberatung vgl. Exp.Kom.

des Bundesrats vom 12. Juni 1939. Der Bundesrat anderseits legte, gestützt auf diese Vorlage, der Bundesversammlung seine *Botschaft vom 20. Dezember 1939* vor.

Die Beratungen in der nationalrätlichen Kommission begannen unverzüglich am 10./11. Januar 1940. Die Kommission beschloß unbestritten Eintreten auf die Revision [32]). Der Nationalrat befaßte sich mit der Vorlage zum erstenmal im Februar 1940. Auch er beschloß einmütig Eintreten auf diese Frage [33]), während in der darauffolgenden ständerätlichen Kommission vom 18./19. März bereits in der generellen Frage des Eintretens Opposition sich geltend machte [34]) und bei der Beratung im Schoße des Rates selber im April 1940 nach einer hartnäckigen Debatte dem Eintretensantrag der Kommissionsmehrheit 28 Räte gewogen waren, während der Minderheitsantrag immerhin 8 Stimmen auf sich vereinigen konnte [35]).

In der Folge wickelte sich die Einzelberatung rasch und gründlich ab, obwohl bei den einzelnen Artikeln in den Räten heftige Kämpfe entbrannten. Die Gesetzesvorlage war reif zur Schlußabstimmung in der Wintersession 1941. Der Nationalrat nahm die Vorlage am 9. Dezember 1941 mit 119 gegen 7 Stimmen an [36]), der Ständerat am Tag darauf, am 10. Dezember mit 21 gegen 7 Stimmen [37]). Nachdem die Referendumsfrist unbenützt abgelaufen war, wurde das Gesetz durch Bundesratsbeschluß vom 18. März 1942 auf den *1. Juli 1942 in Kraft erklärt* [38]).

Die *wichtigsten Aenderungen* des Gesetzes sind in *inhaltlicher Beziehung* folgende:

1. eine erschwerte Belangbarkeit des einfachen Bürgen, Art. 495, Abs. 1 und 3 [39]).
2. Milderungen in der strengen Belangbarkeit des Solidarbürgen, Art. 496 [40]).
3. Die Möglichkeit für den solidarischen Mitbürgen, in gewissen Fällen die Leistung über den Kopfanteil hinaus zu verweigern, Art. 497, Abs. 2 [41]).
4. Die Bestimmung des Art. 501, Abs. 2, wonach der Bürge den Gläubiger gegen Leistung von Realsicherheit zwingen kann, die Betreibung gegen ihn einzustellen, bis alle Pfänder verwertet sind und gegen den Hauptschuldner ein definitiver Verlustschein vorliegt oder ein Nachlaßvertrag abgeschlossen wurde [42]).

[32]) Kom. NR, 1. Session, 10./11. Jan. 1940, S. 9.
[33]) Bull. NR, 20. Febr. 1940, S. 59.
[34]) Kom. StR, S. 3 ff., Abstimmung S. 9 (allerdings *nur eine* oppositionelle Stimme).
[35]) Bull. StR, Debatte, April 1940, S. 235 ff., 240 ff., 283 ff., 294 ff., Abstimmung S. 301.
[36]) Bull. NR, 9. Dez. 1941, S. 445.
[37]) Bull. StR, 10. Dez. 1941, S. 267.
[38]) Vgl. A. S., n. F., Bd. 58, 1942, S. 290.
[39]) Vgl. Guhl, BR, S. 16; Beck, Art. 495 N. 1 ff., 42 ff.; Giovanoli, Art. 495 N. 1 ff., 24 ff.; Schönenberger, Art. 495 N. 1 ff., 33 ff.
[40]) Guhl, BR, S. 17; Giovanoli, ZschwR, S. 243 ff.; Beck, Art. 496 N. 16 ff.; Giovanoli, Art. 496 N. 15 ff.
[41]) Guhl, BR, S. 19 f.; Giovanoli, ZschwR, S. 247 ff.; Beck, Art. 497 N. 28 ff.; Giovanoli, Art. 497, N. 11 ff.
[42]) Es ist dies ein Einbruch in die Solidarität. Vgl. Guhl, BR, S. 18 f.; Beck, Art. 501 N. 19 ff.; Giovanoli, Art. 501 N. 9 ff.

5. Die gesetzliche Amortisation der Bürgschaft, Art. 500 [43]).
6. Gesetzliche Höchstdauer von 20 resp. 30 Jahren, Art. 509, Abs. 3—6 [44]).
7. Möglichkeit eines Widerrufes der Bürgschaft für zukünftige Forderungen, Art. 510, Abs. 1 [45]).
8. Im Artikel 492, Abs. 4 werden sämtliche Rechte des Bürgen unabdingbar erklärt, »soweit sich aus dem Gesetz nicht etwas anderes ergibt« [46]).

Schärfer in ihrer Neuheit sind aber unbedingt die *Bestimmungen, die das Eingehen von Bürgschaften hemmen wollen.* Artikel 493 stellt die *formellen Erfordernisse auf:*

Für juristische Personen spricht das Gesetz ausdrücklich von der Angabe des *zahlenmäßig* bestimmten Höchstbetrages *in der Bürgschaftsurkunde selbst* und verlangt einfache Schriftlichkeit (Art. 493, Abs. 1). Bei natürlichen Personen unterscheidet es weiterhin: Für Bürgschaften unter Fr. 2000.— sieht es qualifizierte Schriftlichkeit vor, nämlich *die eigenschriftliche Angabe* des zahlenmäßig bestimmten Haftungsbetrages und gegebenenfalls der solidarischen Haftung in der *Bürgschaftsurkunde selbst* [47]). Für die größern Bürgschaften wird öffentliche Beurkundung verlangt [48]).

Artikel 494 will das gleiche Ziel erreichen durch *Einschränkung der Bürgschaftsfähigkeit. Wenn ein Verheirateter sich gültig verbürgen will, braucht er die Zustimmung des Ehegatten.*

II. Da die Einschränkung der Bürgschaftsfähigkeit eine Hauptneuerung bedeutet, und da die vorliegende Arbeit es sich zur Aufgabe macht, Inhalt und Bedeutung dieser Rechtsvorschrift eine gründliche Betrachtung zu widmen, soll im Anschluß an die allgemeine Revisionsgeschichte das neue Gültigkeitserfordernis für die Bürgschaft gesondert einer knappen historischen Prüfung unterzogen werden.

Die Tatsache, daß diese ganz neuartige Bestimmung zum ersten Mal im schweizerischen Gesetz Eingang gefunden und daß in keinem andern Staat [49]) der Gesetzgeber eine derartige Norm aufgestellt [50]), berechtigt

[43]) Die Quote beträgt 3 %, bei grundpfandversicherten Forderungen 1 %. Vgl. Guhl, BR, S. 22 ff.; Giovanoli, ZschwR, S. 263 ff.; Beck, Giovanoli, Schönenberger, Art. 500.

[44]) Guhl, BR, S. 20 ff.; 132 ff.; Giovanoli, ZschwR, S. 255 ff.; Giovanoli, Art. 509 N. 20 ff.

[45]) Guhl, BR, S. 23 ff.; Giovanoli, Art. 510 N. 1 ff.

[46]) Guhl, BR, S. 25; Giovanoli, ZschwR, S. 253 f.; Beck, Art. 492 N. 134 ff.; Giovanoli, Art. 492 N. 85 ff.; Schönenberger, Art. 492 N. 93 ff.

[47]) Giovanoli, ZschwR, S. 240; Beck, Art. 493 N. 31 ff.; Giovanoli, Art. 493 N. 4 ff.; Schönenberger, Art. 493 N. 5 ff.; vgl. dazu die Regelung im OR 1911 und die entsprechende Gerichtspraxis in § 2, Anm. 32.

[48]) Guhl, BR, S. 15 f.; Beck, Art. 493 N. 39 ff.; Giovanoli, Art. 493 N. 33 ff.; Schönenberger, Art. 493 N. 63 ff.

[49]) Beck, Art. 494 N. 1.

[50]) Dagegen enthält der Codex iuris canonici eine ähnliche Bestimmung. Klerikern ist es verboten, ohne Befragen des Ortsordinarius Bürgschaften zu übernehmen. Canon 137: A fideiubendo, etiam de bonis propriis, clericus prohibetur, inconsulto loci Ordinario. Da es nicht angängig ist, gegen die Ansicht des Ordinarius trotzdem sich zu verbürgen, nimmt die kanonische Rechtswissenschaft an, der Kleriker könne *nicht* gegen dessen Willen Bürgschaften übernehmen. Er braucht also dessen Zustimmung. Die Vorschrift soll verhindern, daß der Kleriker in Geld-

nicht zum Schluß, daß diese Beschränkung der Bürgschaftsfähigkeit eine Forderung *neuesten Datums* sei.

Gmür weist nach, daß schon im 18. Jahrhundert in gewissen Gegenden ein Beispruchsrecht, nicht des Ehegatten, wohl aber der nächsten Verwandten existierte, zwar nicht bei allen Bürgschaften, sondern nur bei der bürgschaftlichen Interzession der Ehefrau zugunsten des Ehemannes [51]).

Während diese Vorschriften nur in einer weitern Beziehung zum heutigen Gesetzeserfordernis passen, treffen wir aus der gleichen Zeit einen zwar fruchtlosen Vorstoß im Sinne des heutigen Artikels in Baselland. 1757 wurde der Landkommission in der Basler Landschaft u. a. die Frage zur Beantwortung unterbreitet, ob nicht die »Bürgschaft eines Ehemannes auf der Landschaft ohne Wissen seiner Ehefrau« ungültig sein solle [52]).

Auch gegen Ende des 19. Jahrhunderts scheint die Idee der Zustimmung der Ehefrau zum Abschluß des Bürgschaftsvertrages in verschiedenen Kreisen aktuell gewesen zu sein. Wieder führt Gmür einen Vorschlag dieser Gruppen an, der dies ausdrücklich vorsieht [53]).

Bei der Schaffung des OR von 1881 wurde jedoch kein derartiger Vorstoß unternommen [54]), und auch anläßlich der Revision von 1911 wurde in dieser Hinsicht nicht viel gewagt [55]).

Dieses Zögern ist wohl verständlich, da die eigentliche Grundlage für eine so weittragende Einschränkung erst geschaffen werden mußte. Die Bürgschaftskatastrophen und das Bürgenelend haben in der Folgezeit die nötige Vorarbeit geleistet.

In der neueren Zeit griff die Idee als erster wieder auf Großrat *Rubattel* im Waadtländer Kantonsrat [56]). Im eidgenössischen Parlament folgte im Jahr darauf im *Postulat Schmutz* [57]) ein mehr genereller Antrag in dieser

---

geschäfte verwickelt wird und Verpflichtungen übernimmt, die er zum Schaden seines Standes nicht erfüllen kann. Vgl. Jone, Gesetzbuch des Kanonischens Rechtes, I. Normen- und Personenrecht, Paderborn, 1939, S. 147.

[51]) Vgl. Walliser Landrecht (Z. XXXI, Revision des Landrechts von 1780): »Es wird hiemit verordnet, daß kein Weib ohne Begleitung und Authorität zweyer nächsten Befreundten und präsumtiv Erben für ihren Mann sich zu verbürgen gewaltig seyn solle, bey der Nichtigkeit solcher Bürgschaft.«

Landbuch von Küsnacht (Kothing, Rechtsquellen von Schwyz [1763], § 3, Art. 8): »Keine verehlichte Weibsperson solle ohne Vorwissen eines Ehrsamen Raths hiesiger Landtschafft in Beyseyn dero Freunden, so sie zu Erben und zu rechnen haben, befugt seyn, für Ihren Ehman zu bürgen ...« Gmür, a. a. O., S. 42 f.

[52]) Vgl. die Rechtsquellen von Basel-Stadt und -Land, 2. Teil, Basel, 1865, S. 427, Fußnote 1. Angeführt von Stauffer, a. a. O., S. 21 a.

[53]) Vgl. Gmür, a. a. O., S. 67. So wurde nach ihm die Möglichkeit, die Zustimmung zu verlangen »z. B. in der Diskussion über das Referat Speiser von einem Pfarrer vorgeschlagen«.

[54]) Weder in den Vorentwürfen noch in der Botschaft zum Entwurf von 1879 findet sich ein derartiger Gedanke angetönt.

[55]) Daß die Idee aufgegriffen wurde, ergibt sich aus dem Hinweis des Ber. J. A., S. 27. Ins Parlament gelangte der Vorschlag nicht. Sämtliche Sten. Bull. sowohl des NR wie des StR schweigen darüber.

[56]) Cautionnements ruraux: Développement de la motion Rubattel et consorts. Bulletin des séances du Grand Conseil du canton de Vaud, séance du 18 mai 1933, S. 638 ff.

[57]) Postulat Schmutz, vgl. Anm. 18 und 19.

Richtung, wenn er im zweiten Punkt seines Postulats den Bundesrat ersucht, die Frage zu prüfen, »ob es nicht angezeigt sei, Einschränkungen anzustreben in bezug auf das Eingehen von Bürgschaftsverpflichtungen durch Einzelpersonen«.

Am schweizerischen Juristentag von 1935 fand diese Idee einen entschiedenen Verteidiger im französischen Referenten *Henry* [58]), stieß jedoch auf Widerstand. Dies zeigt sich deutlich, wenn der Berichterstatter des Juristentages in Interlaken diese Bestimmung als »referendumspolitisch völlig untragbar« ablehnt [59]).

Der in der Folge ausgearbeitete *Vorentwurf* und der *Bericht der eidg. Justizabteilung* nehmen eine ablehnende Stellung ein und bringen *höchstens eventuell* eine Formulierung in Art. 493 a, Abs. 1 [60]).

Das Echo auf diese Eventual-Bestimmung in den Eingaben weiter Kreise an die eidg. Justizabteilung ist schwach. Gelegentlich werden Abänderungen vorgeschlagen. Streichung beantragt nur die aargauische Handelskammer [61]). Vielleicht gerade wegen dieses geringen Interesses kennt der Vorentwurf II vom 11. März 1939, welcher der Expertenkommission als Grundlage diente, eine derartige Eventualbestimmung nicht mehr [62]). Trotzdem befaßt sich die *Expertenkommission* mit dem Problem. Nach heftiger Diskussion [63]) entscheidet sie sich mit 11 : 8 Stimmen *gegen die neue Bestimmung* [64]). Entsprechend diesem Entscheid schweigt auch der Vorentwurf zu Handen des Bundesrates vom 12. Juni 1939 darüber [65]). Dessen ungeachtet sieht der Bundesrat in seiner Botschaft an die Bundesversammlung zur Revision des Bürgschaftsrechts wieder lediglich eventuell eine entsprechende Regelung vor [66]). Im Entwurf sah er von der Lösung ab, weil er fürchtete, der Referendumsbürger könnte wegen dieser einen Bestimmung die ganze Vorlage verwerfen. Allerdings war er prinzipiell auch der Ansicht, »mit der Beschränkung auf nicht im Handelsregister eingetragene Ehegatten wäre diese Neuerung sachlich angemessen und empfehlenswert« [67]).

In der nun folgenden *parlamentarischen Behandlung* wird für und wider diese Bestimmung am härtesten gefochten. In der nationalrätlichen Kom-

[58]) Vgl. sein Referat in ZschwR, n. F. 54, S. 145 a ff. Er bejahte die Zustimmungspflicht für beide Ehegatten, machte aber eine Ausnahme für die im Handelsregister eingetragenen Personen und die Ehegatten, die unter Gütertrennung leben.

[59]) SJZ 32, S. 101.

[60]) Ber. J. A., S. 47. Für Ehegatten unter Gütertrennung wird eine Ausnahme gemacht.

[61]) Zusammenfassung der Eingaben an die eidg. Justizabteilung, S. 4.

[62]) Vgl. Vorentwurf für die Expertenkommission vom 11. März 1939 (unveröffentlicht). Im Anschluß an Art. 493 findet sich *kein* Art. 493 a mehr.

[63]) Das Erfordernis wurde befürwortet von Frl. Dr. Nägeli, Leiterin der finanziellen Beratungsstelle der Bürgschaftsgenossenschaft Saffa, von Nationalrat Schirmer, St. Gallen, Ständerat Iten, Zug, und Dr. Karrer, Delegierter der Schweiz. Gemeinnützigen Gesellschaft; bekämpft von Dr. Hedinger, Delegierter des Verbandes Schweiz. Kantonalbanken und Dir. Heuberger, Leiter der Revisionsabteilung des Verbandes Schweiz. Darlehenskassen, St. Gallen. Exp.Kom., S. 18.

[64]) Exp.Kom., S. 19.

[65]) Vgl. Vorentwurf zu Handen des Bundesrats. Art. 493 a fehlt.

[66]) Botsch., S. 26.

[67]) Botsch., S. 25.

mission entbrannte der Kampf zuerst. Nationalrat Scherer, Basel, stellt den Antrag auf Annahme der Vorschrift in der Fassung der Botschaft des Bundesrates [68]), die grundsätzliche Abstimmung läßt aber die Gegner mit 9 : 8 Stimmen obenaufschwingen [69]). Der Nationalrat folgt nach heftiger Debatte mit 55 : 46 Stimmen dem Antrag der Kommissionsminderheit [70]).

Die ständerätliche Kommission entscheidet in bejahendem Sinne mit 5 : 3 Stimmen [71]). Der Ständerat schließt sich mit dem knappen Mehr von 21 Ja : 15 Nein der Kommission an [72]).

Die Kommission des Nationalrates entschließt sich in der ersten Differenzenbereinigung vom 18. Oktober 1940, den Kampf dagegen im Rat nochmals aufzunehmen, allerdings mit dem sehr knappen Resultat von 7 : 6 Stimmen [73]). Dieser nachträgliche Rückzug vom einmal Beschlossenen wird aber vom Rat nicht gutgeheißen. Er hält mit dem wuchtigen Mehr von 114 : 29 Stimmen am Zustimmungserfordernis fest [74]). Damit hatte das Parlament endgültig entschieden.

Die Beratung der einzelnen Elemente dieses neuen Artikels gab aber noch oft Anlaß zu scharfen Auseinandersetzungen [75]). Die Befürchtungen, daß wegen dieser Bestimmung das Referendum gegen das Gesetz könnte ergriffen werden, war grundlos. Mit dem Inkrafttreten am 1. Juli 1942 [76]) hat darum dieses Postulat Gesetzeskraft erhalten. Die hart umkämpfte Bestimmung ist nach gründlicher Beratung und Abwägung der einzelnen Vorschriften mit folgenden Einschränkungen als Artikel 494, Abs. 1—3 in unser Obligationenrecht eingegangen:

»Die Bürgschaft einer verheirateten Person bedarf zu ihrer Gültigkeit der im einzelnen Fall vorgängig oder spätestens gleichzeitig abgegebenen schriftlichen Zustimmung des Ehegatten, wenn die Ehe nicht durch richterliches Urteil getrennt ist.

Diese Zustimmung ist nicht erforderlich für die Bürgschaft einer Person, die im Handelsregister eingetragen ist als Inhaber einer Einzelfirma, als Mitglied einer Kollektivgesellschaft, als unbeschränkt haftendes Mitglied einer Kommanditgesellschaft, als Mitglied der Verwaltung oder Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft, als Mitglied der Verwaltung einer Kommanditaktiengesellschaft oder als geschäftsführendes Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Für nachträgliche Abänderungen einer Bürgschaft ist die Zustimmung des andern Ehegatten nur erforderlich, wenn der Haftungsbetrag erhöht oder eine einfache Bürgschaft in eine Solidarbürgschaft umgewandelt werden soll, oder wenn die Aenderung eine erhebliche Verminderung der Sicherheiten bedeutet.«

---

[68]) Kom. NR, 10./11. Januar 1940, S. 16.
[69]) Kom. NR, 10./11. Januar 1940, S. 21.
[70]) Bull. NR, 20. Februar 1940, S. 72.
[71]) Kom. StR, 18./19. März 1940, S. 17.
[72]) Bull. StR, 18. September 1940, S. 404.
[73]) Kom. NR (I. Db.), 18. Oktober 1940, S. 7.
[74]) Bull. NR, 11. Dezember 1940, S. 689.
[75]) Vgl. die jeweiligen Hinweise bei der rechtlichen Behandlung dieser Punkte.
[76]) Laut Bundesratsbeschluß vom 18. März 1942, A. S., n. F., Bd. 58, 1942, S. 290.

II. Teil

Die Bestimmung des neuen Rechts in sich

I. Abschnitt.

Untersuchung der rechtlichen Elemente des Art. 494

1. Kapitel: Die zustimmungsbedürftigen Personen

§ 4. Der Ehegatte

I. Artikel 494, Absatz 1 bestimmt: »Die Bürgschaft einer verheirateten Person bedarf zu ihrer Gültigkeit der... Zustimmung des Ehegatten.«

Was der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung gewollt, erhellt eindeutig aus dem geschichtlichen Werden dieser Rechtsvorschrift[1]). Mit dieser Norm schützt der Gesetzgeber *in direkter Linie die Ehefrau,* ihr eingebrachtes Gut, ihren güterrechtlichen und erbrechtlichen Anspruch gegenüber dem Ehemanne[2]); er bewahrt sie vor der bittern Erkenntnis beim Tode ihres Gatten, daß das Vermögen mit Bürgschaftsschulden beschwert oder überlastet ist[3]). *Indirekt* — und das war die Hauptabsicht des Gesetzgebers[4]) — bewirkt er damit einen nachhaltigen Schutz der Familiengemeinschaft. Denn, wenn durch Bürgschaften nicht nur das Vermögen des Mannes, sondern auch sein Erwerb und das Eingebrachte der Frau fremden Interessen geopfert werden müssen, so ist es letztlich immer die Familie, die darunter zu leiden hat. Der Gesetzgeber ist darum der Ueberzeugung gefolgt, »daß die durch die Ehe begründete Schicksalsgemeinschaft nicht nur gemeinsam getragen, sondern auch gemeinsam gestaltet werden soll«[5]).

II. In dieser Absicht hat er diese Bestimmung als Voraussetzung für die Gültigkeit der Bürgschaft aufgestellt. Nach dem Gesetzestext kann sich

[1]) Vgl. §§ 2 und 3.

[2]) Vgl. Ausführungen unten §§ 20—23.

[3]) Besonders diese letzte Tatsache war es, welche die Frauenverbände die Zustimmung so entschieden fordern ließ. Vgl. Labhart Dora, Die Revision des Bürgschaftsrechts, Zentralblatt, Organ des Schweiz. Gemeinnützigen Frauenvereins, 28. Jahrgang, Bern, 20. Nov. 1940, S. 241 ff.; Beck, Art. 494 N. 2; Schönenberger, Art. 494 N. 1.

[4]) Kom. NR, 10./11. Jan. 1940, S. 16 ff.; Bull. NR, 20. Febr., 1940, S. 64 ff.; Bull. StR, 17. Sept. 1940, S. 395 ff.; Giovanoli, Art. 494 N. 1; Schönenberger, Art. 494 N. 1.

[5]) Vgl. die Eingabe der Bürgschaftsgenossenschaft Saffa, 24. Jan. 1940, S. 2.

also weder der Ehemann gültig verbürgen, ohne die Zustimmung der Ehefrau, noch die Ehegattin ohne Zustimmung ihres Mannes. Obwohl also das Gesetz faktisch nicht, wie hie und da vorgeschlagen wurde [6]), nur dem Mann diese Bindung auferlegt, sondern der Ehefrau desgleichen, geht die Absicht des Gesetzgebers zweifellos nach der ersten Richtung [7]). Praktisch wird diese Bestimmung unvergleichlich viel häufiger beim Ehemann aktuell werden, da die Ehefrau, wenn sie nicht ein selbständiges Gewerbe führt [8]) (ZGB Art. 167), seltener in die Lage kommen wird, Verpflichtungen Dritter zu verbürgen.

III. Selbstverständliche Voraussetzung ist der *vollzogene Eheabschluß.* Es ist klar, daß *nicht* etwa schon *Verlobte* davon betroffen werden. Selbst dann, wenn ein angehender Ehegatte kurz vor der Verheiratung eine Bürgschaft für eine bedingte oder zukünftige Schuld eingegangen hat [9]), und diese erst nach Eingehung der Ehe wirksam wird, so ist sie doch gültig verbürgt, weil im Zeitpunkt des Vertrages die Voraussetzungen für eine rechtsgültige Verbürgung vorhanden waren.

Natürlich werden von dieser Bestimmung *geschiedene Ehegatten* ebenfalls nicht erfaßt [10]). Es wird zwar auch bei einem geschiedenen Ehegatten ein vermögensrechtliches Interesse daran bestehen, daß der andere Teil sich nicht durch Bürgschaft überverpflichtet, wenn er ihm gegenüber Unterhaltsansprüche geltend machen kann [11]). Bei der heute verhältnismäßig leichten Ehescheidungspraxis und bei der noch leichteren Wiederverheiratungs-Möglichkeit [12]) würde der häufig vorkommende Fall, daß neben den jetzigen Ehegatten der frühere ebenfalls ein Zustimmungsrecht beanspruchen könnte, zu unmöglichen Zuständen führen. Wenn daher nach dem ZGB durch die Scheidung das eheliche Band völlig gelöst wird, so ist es begreiflich, daß der Gesetzgeber nicht durch eine Ausnahmebestimmung in einer an und für sich nebensächlichen Angelegenheit ein Ueberbleibsel der ehelichen Gemeinschaft schaffen will, das sich von vorneherein unglücklich auswirken müßte. Dazu kommt, daß in diesem Fall das Gemeinschaftsinteresse fehlt. Es kann durch leichtsinniges Verbürgen höchstens ein vermögensrechtlicher Anspruch gefährdet werden. Die Familie und ihr Friede, die der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung schützen wollte, sind ja vorher bereits in die Brüche gegangen.

Zustimmungspflichtig ist der Ehegatte *nur in der gültigen Ehe.* Ist diese *absolut nichtig,* z. B. wegen fehlender Trauung vor dem Zivilstandsbeamten, eine sog. Nicht-Ehe [13]), so sind Bürgschaften auch gültig, wenn der andere «Ehegatte« nicht zugestimmt hat. Wenn beide Teile gutgläubig

[6]) Vgl. z. B. Motion Rubattel, a. a. O., S. 638 ff.
[7]) Schönenberger, Art. 494 N. 1.
[8]) Vgl. § 20.
[9]) Die Möglichkeit der Verbürgung solcher Schulden vgl. Art. 492, Abs. 2, ferner die Ausführungen in § 1, Einleitung, S. 2.
[10]) Beck, Art. 494 N. 5.
[11]) Vgl. die Möglichkeiten nach ZGB Art. 152 und 153.
[12]) Wartefristen ZGB Art. 103, 104, 130, 150. Strafwartefrist im Maximum 3 Jahre.
[13]) Egger, Kommentar zum Familienrecht, Zürich, 1936, Art. 120 N. 2; Gmür, Kommentar zum Familienrecht, Bern, 1923, Art. 120 N. 5.

sind, wird praktisch immer die Zustimmung verlangt werden. Jedoch wäre der Fall denkbar, wo der eine Ehepartner die Tatsache der Nicht-Ehe kennt. Dessen Bürgschaft ist gültig ohne Zustimmung, weil eben die notwendige Voraussetzung, welche die Zustimmungspflicht begründet, fehlt. Der gute Glaube des andern »Ehegatten« ist belanglos, da er nicht die Kraft besitzt, der Nicht-Ehe eheliche Wirkungen beizulegen [14]).

Eine andere Stellung nimmt der Gesetzgeber bei der *ungültigen Ehe* ein, ungeachtet, ob die ungültige Ehe *nichtig oder bloß anfechtbar ist* [15]). Nach ZGB Art. 132 wird die Ungültigkeit einer Ehe »erst wirksam, nachdem der Richter die Ungültigkeitserklärung ausgesprochen hat. — Bis zu diesem Urteil hat die Ehe, selbst wenn sie an einem Nichtigkeitsgrund leidet, die Wirkungen einer gültigen Ehe«. Daraus ergibt sich eine eindeutige Lösung für unsere Frage: Leidet die Ehe an einem Mangel, wie sie in den Art. 120 bzw. 123 ZGB aufgestellt sind, so betrachtet der Gesetzgeber die Ehe doch als vollwertige Ehe in bezug auf die Wirkungen bis zum Zeitpunkt der gegenteiligen Feststellung durch den Richter. Der Ehegatte ist bis zu diesem Zeitpunkt also auch zustimmungsbedürftig für den Bürgschaftsvertrag. Selbstverständlich gilt das Erfordernis auch während des Ungültigkeitsprozesses.

Wenn sich ein Ehegatte zur Zeit der ungültigen Ehe ohne Zustimmung verbürgt, und wenn erst nachträglich vom Richter die Ungültigkeit ausgesprochen wird, so *konvalesziert dadurch die vordem ungültige Bürgschaft nicht.* Sie bleibt ungültig. Aus dem Charakter [16]) dieses neuen Gesetzeserfordernisses ergibt sich, daß, wenn die Zustimmung fehlt, eine wesentliche Voraussetzung für den Vertragsabschluß gar nicht vorhanden ist, nämlich die spezielle Bürgschafts-Geschäftsfähigkeit. Es ist darum *überhaupt kein Vertrag,* nicht etwa nur ein mangelhafter zustande gekommen. Damit die Bürgschaft gültig werden soll, ist ein völlig neuer Vertragsabschluß erforderlich [17]).

IV. Ein Ehegatte ist zum Einholen der Zustimmung nur verpflichtet, wenn er sich durch den Bürgschaftsvertrag *persönlich verpflichtet.* Das ergibt sich aus der sinngemäßen Auslegung dieser Norm [18]).

Es ist deshalb jemand, der in *Organstellung* für eine juristische Person einen Bürgschaftsvertrag eingeht, selbstverständlich nicht an die Zustimmung des Ehegatten gehalten, so z. B. der Direktor einer Genossenschaft oder einer Kantonalbank [19]).

Desgleichen ist keine Zustimmung notwendig für eine Person, die als *Stellvertreter* für einen Dritten beim Bürgschaftsvertrag tätig

---

[14]) Das ergibt sich aus der Tatsache, daß auch die andern ehelichen Wirkungen nicht Platz greifen. Z. B. die Kinder sind uneheliche, ehegüterrechtliche und erbrechtliche Wirkungen treten nicht ein. Egger, Art. 120 N. 2.

[15]) Unterschied s. ZGB Art. 120, bzw. 123.

[16]) Vgl. die Ausführungen in § 14.

[17]) Vgl. analog Zimmermann, Bemerkungen über das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten zur Bürgschaftseingehung, gemäß OR 494, Abs. 1 und 2, SJZ 39, S. 121 ff. Er ist gleicher Ansicht bei der Frage des Handelsregisters (vgl. § 6).

[18]) Beck, Art. 494 N. 7; Schönenberger, Art. 494 N. 15.

[19]) Normalerweise werden Personen, die in Organstellung sind, sowieso dieser Pflicht enthoben sein als im Handelsregister Eingetragene (Art. 494, Abs. 2). Vgl. § 6.

ist[20]). In diesem Fall ist selbstverständlich nur die *Zustimmung des Ehegatten des Vertretenen* erforderlich. Denn laut OR Artikel 32 wird ja nicht der ermächtigte Vertreter, sondern der Vertretene durch diesen Vertrag verpflichtet[21]).

V. Wenn schon der Gesetzgeber mit der neuen Vorschrift die Familieninteressen schützen will, so ist die Frage berechtigt, ob nicht *beim Tode eines der Ehegatten andere Rechtssubjekte an dessen Stelle treten*. Es handelt sich hier nicht darum, ob das Recht des Ehegatten durch einen Stellvertreter ausgeübt werden kann, ob dieses Recht höchstpersönlich ist oder nicht[22]), sondern, ob in Verhältnissen, die der Familie nachgebildet sind, wo aber ein Ehegatte fehlt, einem andern Rechtssubjekt das gleiche Recht zusteht wie dem Ehegatten in der ehelichen Gemeinschaft. Praktisch kommt hier nur der Fall in Frage, wo neben einem Witwer oder einer Witwe noch Kinder leben. Die Familieninteressen bestehen gleichwohl fort, ob der Vater oder die Mutter gestorben ist. Es kann der überlebende Eheteil auch nach dem Tode des andern die Familie durch Bürgen und Ueberverbürgen ins Elend stürzen. Es ist daher verständlich, daß bei der Vorbereitung des Gesetzesentwurfes mehrfach dieses Postulat gestellt wurde[23]). Der Gesetzgeber hat die Forderungen aber nicht verwirklicht. Es wäre sicher auch hier, wo ausdrücklich nur der Ehegatte genannt ist, keineswegs gerechtfertigt, durch Analogie diese Bestimmung weiter auszudehnen. Ueberdies sprechen auch Gründe dafür, daß bei diesen Sonderfällen die Einwilligung nicht verlangt wird.

1. Häufig tritt der Fall ein, daß *neben dem überlebenden Ehegatten unmündige Kinder zur Familie gehören*. Gerade in diesem Fall könnte am ehesten von einer Gefahr gesprochen werden[24]). Während in der ehelichen Gemeinschaft — je nach dem Güterstand — die Vermögensverhältnisse ziemlich kompliziert geregelt sind[25]), liegt hier die Sache bedeutend einfacher. Das Vermögen, welches das unmündige Kind durch die erbrechtliche Liquidation beim Tode des einen Elternteils erhalten hat, liegt samt seinem eventuellen früheren Vermögen vollständig *in seinem Eigentum*. Der überlebende Elternteil hat daran ausschließlich ein *Nutznießungsrecht* (ZGB Art. 292). Durch die Bürgschaftsverpflichtungen des überlebenden Elternteils wird sein Vermögen also in keiner Art und Weise berührt. Der Ertrag der Nutzung ist von den Eltern in erster Linie für das Kind zu verwenden für Unterhalt und Erziehung (ZGB Art. 293), und nur auf den Ueberschuß haben sie selbst Anspruch. Ist das Verhalten der Eltern pflichtwidrig — und dazu

[20]) Beck, Art. 494 N. 7; Schönenberger, Art. 494 N. 15.
[21]) v. Tuhr/Siegwart, S. 332 ff.
[22]) Vgl. unten § 16.
[23]) Vgl. Waldburger, Eingaben zum Vorentwurf der Justizabteilung, Juni 1937, in Zusammenstellung der Eingaben, vom 22. Dez. 1938, S. 4; Heuberger, Exp.Kom., S. 19.
[24]) Es ist überflüssig, sich zu fragen, wie diese Zustimmung zu erfolgen hätte, da das Gesetz eindeutig negativ entscheidet. Die Unmündigen könnten ihre Zustimmung ja sowieso nicht selbständig geben oder verweigern. Es stellte sich die Frage, ob diesem Recht höchstpersönlicher Charakter zukommt. Vgl. hiezu § 16.
[25]) Vgl. unten §§ 20—23.

gehört unbedingt auch die Tatsache, daß der Ertrag nicht für die Kinder verwendet wird [26]) — so sieht das Gesetz *Einschreiten der Behörde* vor (ZGB Art. 297/298). Wenn also auf Kosten der Kinder der Ertrag ihres Vermögens zur Abzahlung von Bürgschaften mißbraucht wird, so ist dieser Tatbestand unbedingt gegeben. Sollte sich der überlebende Ehegatte gar einen Griff auf das Kindesvermögen gestatten, so hat der Gesetzgeber in diesem Fall vorzubeugen versucht, indem er nach Auflösung der Ehe vom Ehegatten, dem die elterliche Gewalt zusteht, verlangt, daß er »der Vormundschaftsbehörde ein *Inventar* über das Kindesvermögen« einreicht »und ihr von jeder erheblichen Aenderung im Stande und in der Anlage des Vermögens Mitteilung« mache (ZGB Art. 291). Und wenn selbst diese Vorsichtsmaßregeln unwirksam sein sollten, der überlebende Ehegatte seine Bürgschaftsschulden also doch mit dem Kindesvermögen bezahlt hätte, so steht dem Kind für seine nunmehr obligatorische Forderung gegenüber dem Elternteil *im Konkurs ein Privileg 2. Klasse* zu (SchKG Art. 219). Das unmündige Kind ist also in bezug auf sein eigenes Vermögen *genügend geschützt,* als daß hier irgendein Beispruchsrecht, eventuell der Vormundschaftsbehörde konstruiert werden müßte, um es vor leichtsinnigen Bürgschaften des überlebenden Elternteils zu schützen.

Anderseits steht den unmündigen Kindern ein *Anspruch gegenüber den Eltern zu.* Diese müssen (ZGB Art. 272) die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung tragen, und nach dem Tode des einen obliegt die Pflicht der elterlichen Gewalt eben dem andern Elternteil (Art. 274, Abs. 3). Dieser Anspruch wird vor allem akut, wenn die Kinder vom verstorbenen Elternteil nichts erben konnten. Hier nun besteht die Möglichkeit, *daß Bürgschaften des lebenden Teils den Kindesanspruch gefährden oder direkt illusorisch machen.* Das wird auch der Grund sein, der verschiedene Kreise veranlaßte, auch für den Witwer eine Beschränkung der Verbürgungsfähigkeit im gleichen Sinn wie für den Ehegatten zu fordern.

Es besteht hier ohne Zweifel eine gewisse Lücke im Gesetz, sie dürfte aber nicht zu schwer wiegen, weil doch in sehr vielen Fällen beim Tod des einen Elternteils der Großteil der Kinder erwachsen oder doch wenigstens in einem Alter ist, in dem ihre Bildung und Erziehung den Abschluß gefunden haben.

2. Wenn die *Kinder bereits selbständig sind und ihre eigenen Existenzen gegründet haben,* so ist der Hauptzweck der Zustimmungsvorschrift, der Schutz der Familiengemeinschaft, bedeutend in den Hintergrund gerückt. Es besteht für diese Kinder höchstens eine *Gefährdung ihrer erbrechtlichen Ansprüche* gegenüber dem noch lebenden Elternteil. Da sie häufig auf das Erbe nicht einmal unbedingt angewiesen sind, so würde nur des erbrechtlichen Interesses willen ein Zustimmungsrecht der erwachsenen Kinder zu weit führen [27]).

---

[26]) Egger, Art. 297 N. 5.

[27]) Das ZGB hat überdies für diesen Fall bereits einigermaßen vorgesorgt durch Sonderbehandlung der Bürgschaftsschulden bei Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar (ZGB Art. 591).

Etwas anders liegt der Fall, wenn mündige Kinder mit dem überlebenden Elternteil in *gemeinsamem Haushalt leben* oder im Geschäft ihre Arbeit oder ihre Einkünfte dem gemeinsamen Haushalt stillschweigend zuwenden. In diesem Fall kann wohl durch Verbürgen des Elternteils der Voraus-Anspruch, den diese Kinder beim Tode stellen könnten (Art. 633 ZGB) illusorisch werden, und zu Lebzeiten des Elternteils können sie den Anspruch nur im Falle der Betreibung — zwar allerdings mit dem Privileg der Anschlußpfändung — geltend machen (ZGB Art. 334). Dies ist aber wieder ein *Ausnahmefall,* und die Härte des Gesetzes, das auch hier dem mündigen Kind das Beispruchsrecht verwehrt, ist dadurch stark gemildert, daß dieses Kind sich jederzeit aus diesem Verhältnis lösen oder für seine Mitarbeit im Geschäft ausdrücklich für die Zukunft Lohnforderungen stellen kann.

3. Die Bindung zwischen überlebendem Ehegatten und Kindern kann noch enger sein durch Vereinbarung der *fortgesetzten Gütergemeinschaft* (ZGB Art. 229 ff.). Verwaltung und Vertretung in der fortgesetzten Gütergemeinschaft liegen bei unmündigen Kindern immer, bei mündigen vermutungsweise beim überlebenden Ehegatten (ZGB Art. 231). Ueberlastet dieser durch Bürgschaftsverträge das Gemeinschaftsgut [28]), so ist die Gefahr nicht so groß, weil jederzeit diese Gemeinschaft ohne Schwierigkeiten aufgehoben werden kann (Art. 232), auf alle Fälle bedeutend leichter als bei der *ehelichen Gütergemeinschaft* [29]). Zudem ist es von minder großer Tragweite, wenn eine fortgesetzte Gütergemeinschaft zerfällt. Es ist hier gewöhnlich nicht das gleiche Gemeinschaftsinteresse vorhanden wie bei der ehelichen Gemeinschaft. Ueberdies dürfte das Verhältnis der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht allzu häufig anzutreffen sein [30]).

Der Standpunkt des Gesetzgebers kann darum sehr wohl verstanden werden, wenn er das Erfordernis der Zustimmung nicht allzu sehr ausdehnen will, sondern mit der Erschwerung für die eigentlichen Ehegatten sich zufrieden gibt. Es wird deshalb nicht angängig sein, durch Analogie oder extensive Auslegung das Erfordernis der Zustimmung auf Verhältnisse auszudehnen, die das Gesetz nicht miterfassen will.

---

[28]) Das deutsche Recht räumt dem überlebenden Ehegatten als Vertreter der Gemeinschaft die Befugnisse ein, wie sie dem Ehemann bei der Gütergemeinschaft zustehen (deutsches bürgerliches Gesetzbuch § 1487). Nach Egger (Art. 231 N. 2) ist das auch für das Schweizer Recht geboten. Darnach richtet sich die Verwaltungs- und Vertretungsbefugnis nach Art. 217 ZGB. Die Zustimmung, die die Kinder erteilen müssen, können die Dritten aber in gewissen Fällen als gegeben vermuten. Vgl. Egger, Art. 217 N. 6.

[29]) Während nach Art. 232 die fortgesetzte Gütergemeinschaft jederzeit ohne Schwierigkeit aufgehoben werden kann, hat bei der ehelichen Gütergemeinschaft *der Richter* die Gütertrennung auf Begehren eines Ehegatten anzuordnen (ZGB Art. 183 und 184).

[30]) Dies schon deshalb, weil der Güterstand der Gütergemeinschaft ehevertraglich vereinbart werden muß (ZGB Art. 178). Eheverträge werden aber verhältnismäßig wenige geschlossen. Seit 1912 stehen 97—98 Prozent der geschlossenen Ehen unter Güterverbindung. Egger, Art. 178 N. 14.

§ 5. Erste Ausnahme: Richterliche Trennung

Der Gesetzgeber schränkt die allgemeine Regel des Artikels 494 OR insofern ein, als er bestimmt, daß die Verpflichtung des Bürgen die Zustimmung dessen Ehegatten nur dann erfordert, »*wenn die Ehe nicht durch richterliches Urteil getrennt ist*«.

I. Der Eventualartikel 493 in der Botschaft des Bundesrates vom 20. Dezember 1939[1]) kennt diese Ausnahme nicht. Die Frage wurde in der nationalrätlichen Kommission in der ersten Differenzenbereinigung in anderem Zusammenhang kurz berührt[2]) und in der *zweiten Differenzenbereinigung* im heutigen Umfang angenommen[3]). Der Nationalrat stimmte zu[4]). Der Ständerat stellte auf Vorschlag seiner Kommission zwei Schranken auf: Er wollte diese Lösung nur für kinderlose Ehegatten annehmen, und auch dann nur im Fall, wo Gütertrennung angeordnet worden war[5]). Der Nationalrat beharrte auf seiner Fassung[6]) und der Ständerat gab nach[7]). Somit drang die Ausnahmebestimmung in der heutigen Form durch.

II. Der Inhalt dieser Ausnahme von der Ausnahme bietet keine großen Schwierigkeiten. Hebt ein Ehegatte *willkürlich den gemeinsamen Haushalt auf,* so wird er dadurch selbstredend *nicht frei* verbürgungsfähig.

Aber auch im Falle einer *rechtmäßigen Aufhebung* des gemeinsamen Haushaltes (ZGB Art. 170, Abs. 1 und 2) läßt der Gesetzgeber *keine Befreiung* von der Zustimmung eintreten[8]). Denn die Bestimmungen des Artikels 170, vorab Absatz 1, sind *nicht gegen* die eheliche Gemeinschaft gerichtet, sondern gerade da zu ihrem Schutz; die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ist als vorübergehender Zustand gedacht[9]), als heilende Maßnahme. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes. Der Ehegatte ist solange zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts berechtigt, »als diese Gefährdung dauert«. Es wäre daher unlogisch, diesen Zustand als zustimmungsbefreiend anzunehmen.

Selbst dann, wenn der *Richter* während der Dauer des Scheidungs- oder Trennungsprozesses die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts *verfügt* (laut ZGB Art. 145), so ist dies noch *kein Grund,* die Ehegatten dieser Ausnahme teilhaftig werden zu lassen[10]). Denn diese richterliche Anordnung ist eben nur eine *vorsorgliche Maßregel* und noch kein Entscheid in der Sache selbst. Es ist oft höchst unsicher, ob der Richter überhaupt

[1]) Botsch., S. 26. Das Schweigen ist verständlich, weil das Justiz- und Polizeidepartement dieser Bestimmung abgeneigt war (vgl. a. a. O., S. 25) und darum nicht alle rechtlichen Einzelheiten ins Auge faßte.
[2]) Kom. NR (I. Db.), 18. Okt. 1940, S. 6.
[3]) Kom. NR (II. Db.), 7./8. Febr. 1941, S. 10.
[4]) Bull. NR, 24. März 1941, S. 11.
[5]) Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 139.
[6]) Bull. NR, 22. Sept. 1941, S. 216.
[7]) Bull. StR, 26. Sept. 1941, S. 174.
[8]) Beck, Art. 494 N. 9; Schönenberger, Art. 494 N. 8; Bull. NR, 24. März 1941, S. 8—10.
[9]) Egger, Art. 170 N. 1.
[10]) Beck, Art. 494 N. 9; Schönenberger, Art. 494 N. 8; Bull. NR, 24. März 1941, S. 8—10.

auf Scheidung oder Trennung erkennt. Wenn ja, so war — bei Verweigerung der Zustimmung während der Prozeßdauer — der andere Ehegatte nur für eine verhältnismäßig kurze Zeit verbürgungsunfähig; wenn der Richter der Klage aber nicht stattgibt, so wäre es widersinnig, wenn die Ehegatten durch unglückliche Bürgschaftsverträge während der Prozeßdauer das ohnehin schon leidende eheliche Zusammenleben weiterhin erschüttern könnten.

Während der Prozeßdauer [11]) ohne Zustimmung eingegangene Bürgschaften gesunden nicht etwa im Fall eines richterlichen Scheidungs- oder Trennungsurteils [12]).

III. Die Zustimmungsbefreiung greift also nur Platz bei der *vom Gericht ausgesprochenen Trennung von Tisch und Bett* (ZGB Art. 146/7) [13]). In diesem Fall will der Gesetzgeber dem Ehegatten nicht zumuten, vom andern die Zustimmung zu erbeten, ganz abgesehen davon, daß sie oft verweigert würde. Die Trennung soll ein Mittel sein zur Beruhigung und Aussöhnung. In diesem Zustand müßte eine Zustimmungsverweigerung aber viel eher als Schikane und Mißgunst aufgefaßt werden als in einem gesunden ehelichen Verhältnis. Darum bedeutet die größere Gefahr eines Zwistes, der die vom Gesetz angestrebte Versöhnung verunmöglichen könnte, einen Grund, in diesem Fall auf die Zustimmung zu verzichten.

Nach ZGB Art. 147, Abs. 1, wird die Trennung auf *ein bis drei Jahre oder auf unbestimmte Zeit* ausgesprochen. Oft aber führen die Eheleute bei der Trennung auf bestimmte Frist nach Ablauf dieser Zeit die Trennung *de facto* weiter [14]). Denn nach Ablauf dieser Zeitspanne »kann«, »muß« aber nicht jeder Ehegatte auf Scheidung klagen (ZGB Art. 147, Abs. 2). Wenn sie nun keine Scheidungsklage einreichen, gegenseitig das Gemeinschaftsleben aber auch nicht wieder aufnehmen wollen, so dauert eben dieser nunmehr an und für sich rechtswidrige Zustand weiter. Ist während dieser de facto-Trennung die Zustimmung notwendig?

Wenn ja, kann das ein Anlaß dafür sein, daß der Ehegatte diesen Zustand brechen will, daß er also Scheidung anstrebt. Warum duldet der Gesetzgeber diesen illegalen Zustand? Vielleicht, weil er kein Interesse daran hat, die Ehe zu scheiden, sondern weil er doch noch eine Versöhnung erhofft, zwingt er die Ehegatten nicht, nach Ablauf der Frist Scheidung zu verlangen. Darum könnte das Weiterdauern dieses Zustandes als stillschweigende Einwilligung des Gesetzgebers ausgelegt werden, dieser Zustand möge weiterhin bestehen. Es würde gewissermaßen die richterlich ausgesprochene Trennung verlängert werden. In diesem Fall wäre dann die Zustimmung nicht notwendig.

Eine solche Annahme ist kaum gerechtfertigt. In diesem Fall hätte ja der Gesetzgeber mit der unbestimmten Trennungsfrist allein vorlieb

[11]) Als Prozeßdauer gilt die Zeit der faktischen Dauer des Prozesses bis zum Zeitpunkt, in welchem das Urteil in Rechtskraft erwächst, unabhängig davon, ob diese nach kantonalem Recht auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen wird. Egger, Art. 145 N. 4 f.

[12]) Vgl. die entsprechenden Ausführungen in § 4 in bezug auf die ungültige Ehe.

[13]) Beck, Art. 494 N. 9; Schönenberger, Art. 494 N. 8; Bull. NR, 24. März 1941, S. 8—10.

[14]) Gmür, Art. 147 N. 5.

nehmen können mit Scheidungsmöglichkeit nach einer gewissen Zeit. Wenn er schon die Trennung auf bestimmte Zeit vorsieht, so spricht das eher für seine Absicht, diesen Zustand einer *definitiven Lösung entgegenzuführen:* der Wiedervereinigung oder der Scheidung. Entschließen sich die Eheleute weder zum einen noch zum andern, so leben sie nach Ablauf der Frist in *rein faktischer Trennung,* die nach dem Willen des Gesetzgebers von der Zustimmung *nicht befreit* [15]). Wenn der Richter eine Frist setzt, so ist nach Ablauf dieser Zeit der Zustand eben nicht mehr vom Richter gewollt, und es kann ein solcher Ehegatte von sich nicht behaupten, daß er gerichtlich getrennt *ist* [16]).

In diesem Zusammenhang bedarf noch ein allerdings wohl seltener Sonderfall der rechtlichen Beleuchtung. Nach Artikel 148, Absatz 1, kann nach Ablauf der Trennungsfrist jeder der beiden Ehegatten Scheidung verlangen, »es sei denn, daß sie auf Tatsachen gegründet werde, die *ausschließlich* den nunmehr die Scheidung verlangenden Ehegatten als schuldig erscheinen lassen« [17]). Wenn der unschuldige Ehegatte zur Wiedervereinigung bereit ist, Artikel 148, Absatz 2 also nicht zutrifft, der allein schuldige Ehegatte sich aber nicht versöhnen will, sondern Scheidung verlangt, so muß der Richter auf Abweisung der Klage erkennen [18]). Bei diesem Richterspruch darf aber sicher *keineswegs* angenommen werden, daß er *indirekt auf Weiterführung der Trennung urteile.* Nach Ablauf der Trennungsfrist gibt es keine richterliche Erkenntnis auf eine neue Trennung; ZGB Artikel 148 will im Gegenteil eine endgültige Lösung der Frage [19]). Sinngemäß ist auch dieser Sonderfall auszulegen: Die Zeit der gerichtlichen Trennung ist abgelaufen. Es bleibt dem alleinschuldigen Teil ja die Möglichkeit, die dargebotene Versöhnung anzunehmen. Wenn er dieses Anerbieten zurückweist, wäre es stoßend, ihm die Vorteile der richterlichen Trennung weiterhin zuzugestehen. Er ist also auch in diesem Falle, da nicht de iure, sondern nur de facto getrennnt, zustimmungsbedürftig.

---

[15]) Vgl. Anm. 10.

[16]) Vgl. die Tatsache, daß die Ehefrau in diesem Zustand der de facto-Trennung der Ermächtigung des Ehemannes bedarf zur getrennten Niederlassung. Gmür, Art. 147, Abs. 5. Also auch hierin eine Bestätigung des Gesetzes, daß der Zustand der richterlichen Trennung keineswegs mehr weiterbesteht.

[17]) Dieser Fall ist wohl selten, weil es *nicht auf die überwiegende* Schuld des Ehegatten ankommt, sondern er muß *allein* schuldig sein. Schon in der Beratung im Parlament wurde das »durchaus Exzeptionelle« dieses Falles erwähnt. Vgl. Bull. 29. Sept. 1905 (Ständerat), S. 1028; Egger, Art. 148 N. 8.

[18]) Egger, Art. 148 N. 13.

[19]) Gmür, Art. 148 N. 1; Egger, Art. 148 N. 10.

§ 6. Zweite Ausnahme: Eintragung im Handelsregister

Mit realem Blick auf das praktische Leben sucht der schweizerische Gesetzgeber, wenn er eine Norm prägt, der Wirklichkeit möglichst gerecht zu werden durch entsprechende *Abstufungen und Differenzierungen.* So entschloß er sich denn auch bei der Schaffung der neuen Vorschrift, die für die Gültigkeit der Bürgschaft die Zustimmung des Ehegatten verlangt, durch eine Ausnahmeklausel Handel und Gewerbe die notwendige Bewegungsfreiheit auch im Bürgschaftswesen zu erhalten. Er erreicht dies mit Artikel 494, Absatz 2:

> »Diese Zustimmung ist nicht erforderlich für die Bürgschaft einer Person, die im Handelsregister eingetragen ist als Inhaber einer Einzelfirma, als Mitglied einer Kollektivgesellschaft, als unbeschränkt haftendes Mitglied einer Kommanditgesellschaft, als Mitglied der Verwaltung oder Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft, als Mitglied der Verwaltung einer Kommanditaktiengesellschaft oder als geschäftsführendes Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.«

I. Diese Ausnahme findet sich im Prinzip schon in sehr frühen Postulaten, die den heutigen Artikel 494 forderten [1]), vielleicht teilweise deswegen, um die gegnerischen Kreise zu bestimmen, von ihrer oppositionellen Haltung abzustehen. Zwar nicht der Vorentwurf der eidg. Justizabteilung vom Juni 1937, wohl aber die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 20. Dezember 1939 schlägt die Einschränkung für alle im Handelsregister Eingetragenen in einem Eventualartikel für die Expertenkommission vor [2]). Der Ständerat faßt die Generalbestimmung genauer, indem er die Befreiung nur den im Sinne von SchKG Art. 39, Ziff. 1—4 Eingetragenen zugesteht [3]). Auf Vorschlag der nationalrätlichen Kommission genehmigt der Nationalrat den Absatz in der heutigen erweiterten enumerativen Fassung [4]), und der Ständerat pflichtet ihm bei [5]).

II. Die Gründe, die das Parlament zu dieser Einschränkung bewogen, sind verschiedener Natur. Einmal darf man annehmen, daß die im Handelsregister eingetragenen Personen über ein *höheres Maß von Geschäftstüchtigkeit, Umsicht und Scharfblick* verfügen als Nicht-Geschäftsleute oder nur kleinere, nicht eintragungspflichtige Unternehmer [6]). Es mag das gewisse Berechtigung haben. Das leitende Motiv dürfte aber, wie schon oben angetönt, eher die Absicht gewesen sein, die gewerblichen und industriellen Kreise in ihrer *geschäftlichen Tätigkeit nicht zu sehr zu*

---

[1]) Vgl. z. B. Henry, a. a. O., S. 158 a.
[2]) Botsch., Eventualbestimmung, S. 26.
[3]) Bull. StR, 17. Sept. 1940, S. 393 ff.
[4]) Bull. NR, 24. März 1941, S. 7 ff. Im Gegensatz zur Fassung »SchKG Art. 39, Ziff. 1—4« werden die Ziffern ausgeführt und noch genannt das »Mitglied der Verwaltung oder Geschäftsführung einer A.-G.« und das »geschäftsführende Mitglied einer GmbH».
[5]) Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 138 f.
[6]) Beck, Art. 494 N. 10. Gegen diese Annahme wurden andere Ansichten scharf vertreten. Vgl. NR Schirmer: »Die Leute im Handelsregister sind gerade so dumm wie die andern.« Kom. NR, 10./11. Jan. 1940, S. 21.

hemmen[7]). Dabei mögen die *referendumspolitischen Befürchtungen* des Bundesrates und der Expertenkommission[8]) die Vorstöße in dieser Richtung gefördert haben. Man wollte das mit der Aufnahme der allgemeinen Bestimmung scheinbar schon zu sehr befrachtete Schiff lieber etwas entlasten. Die Rücksicht auf den wirtschaftlichen Verkehr läßt sich einigermaßen verstehen; tatsächlich hat aber der Gesetzgeber durch seine Dispens-Klausel gerade schutzbedürftige Kreise dieser sicher wirksamen Vorsichtsmaßnahme beraubt, besonders da es auch kleinsten Existenzen möglich ist, durch freiwilligen Eintrag ins Handelsregister (Art. 934, Abs. 2 OR) die hemmende Norm zu umgehen[9]).

III. Aus Artikel 494, Absatz 2 ergibt sich, daß *jeder Ehegatte, der in einer der angeführten Eigenschaften im Handelsregister eingetragen ist,* von der Ausnahme Vorteil zieht. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob der Betreffende zum Eintrag verpflichtet war (OR Art. 934, Abs. 1), oder ob sich jemand freiwillig dazu entschlossen hat (OR Art. 934, Abs. 2)[10]). Selbst, wer aus Umgehungsabsichten den Eintrag veranlaßte, wird von dieser Vorzugsstellung nicht ausgenommen[11]). Das Gesetz sagt ausdrücklich nur: wer im Handelsregister eingetragen *ist.* Anderseits ergibt sich daraus, daß die bloße Verpflichtung zum Eintrag nicht genügt. Abgestellt wird auf die Tatsache des Eintrages selber[12]).

Von welchem Zeitpunkt an gilt jemand als eingetragen? Die Wirkung des Eintrages — Wiederherstellung der durch die Zustimmungsnotwendigkeit eingeschränkten Handlungsfähigkeit eines Ehegatten — ist eine rein *interne Angelegenheit,* keine Tatsache, die sich nach außen richtet, Dritten gegenüber; sie hat für die betreffenden Ehegatten rein persönliche Bedeutung[13]). Für interne Wirkungen gilt aber als entscheidender

---

[7]) Zwar war es gerade der Vertreter des Schweiz. Gewerbeverbandes, NR Schirmer, St. Gallen, der das Zustimmungserfordernis auch für Gewerbekreise verlangte.

[8]) Botsch., S. 25 f.; Exp.-Kom., S. 19.

[9]) Dennoch ist die Ansicht Keller (Bull. StR, 4. April 1940, S. 244) kaum richtig, wenn er glaubt, diese Ausnahmebestimmung stehe im Widerspruch mit Art. 4 der BV. Wenn wesentliche verschiedene Voraussetzungen bestehen (und das nimmt der Gesetzgeber hier zweifellos an), so richtet sich auch die rechtliche Folge nach diesen Verschiedenheiten. Der Sinn von Art. 4 ist nicht der einer absoluten Gleichschaltung bei differierenden Grundlagen. »Eine solche eigentlich undenkbare »absolute« Gleichheit wäre, zu Ende gedacht, die Negation der Rechtsordnung selbst.« Vgl. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Bern, 1931, S. 30 ff.

[10]) Schönenberger, Art. 494 N. 9.

[11]) Guhl, BR, S. 40; Beck, Art. 494 N. 10.

[12]) Schönenberger, Art. 494 N. 9; Bull. StR, 17. Sept. 1940, S. 395 (Iten): »Denn hier (um an der Ausnahme teilzuhaben) hat der Eintrag konstitutive Wirkung und nicht nur deklaratorische.«

[13]) Diese Wirkung ist eben eine andere, als die, welche die Zustimmung im einzelnen Fall zur Folge hat. Durch den Eintrag ins Handelsregister wird der betr. Ehegatte generell bürgschaftsfähig, eine Wirkung, die eintritt, ob ein Dritter davon weiß oder nicht, ob der Ehegatte Bürgschaften abschließen will oder nicht. Im andern Fall reicht die Bürgschaftsfähigkeit nur für eine genau bestimmte Bürgschaft, und der Gläubiger kann von der Zustimmung nur profitieren, wenn er um sie weiß.

Augenblick der *Eintrag ins Tagebuch* (OR Art. 932, Abs. 1) [14]), auch bei Rechtsgebilden, die erst mit dem Eintrag juristische Persönlichkeit erhalten [15]).

Die Erleichterung des Artikels 494, Absatz 2 tritt logischerweise nur für den Ehegatten ein, der im Handelsregister eingetragen ist, nicht aber für dessen Partner. Die beiden unterliegen also *verschiedenen Regeln* [16]). Der eingetragene Teil ist hingegen nicht nur befreit für Bürgschaften, die er für eine Gesellschaft eingeht, sondern auch für die *persönlichen Bürgschaftsverpflichtungen* [17]). Wenn der Gesetzgeber bei diesen Personen größere Geschäftskunde und Gewandtheit vermutet, so auch dann, wenn sie sich privat verpflichten wollen, nicht nur in ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft.

Auch hier gilt: Vor dem Eintrag ins Handelsregister ohne Zustimmung eingegangene Bürgschaften werden durch den Eintrag nicht gültig. Weil der sich verbürgende Ehegatte die Zustimmung nicht einholte, so war er gar nicht bürgschaftsfähig. Es fehlte also eine wesentliche Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrags. Er bleibt nichtig, auch wenn der vordem Handlungsunfähige durch den Eintrag voll handlungsfähig wird. Dies hat *keine Rückwirkung* auf den vorher nicht zustandegekommenen Vertrag [18]).

IV. Als ersten nimmt das Gesetz vom Zustimmungserfordernis aus den »*Inhaber einer Einzelfirma*«. Es versteht darunter den Einzelkaufmann (OR Art. 945). Wer als Geschäftsmann zum Eintrag *verpflichtet* ist, bestimmt ausführlich Artikel 53 der Verordnung über das Handelsregister [19]). Artikel 934 OR räumt demjenigen, der ein nichteintragungspflichtiges »Geschäft betreibt«, *das Recht* ein, seine Firma ebenfalls im Handelsregister eintragen zu lassen. Damit scheint der Kreis der an der Ausnahme Teilhabenden stark erweitert. Es ist aber nicht so, daß sich jeder beliebige, der vorgibt, ein Geschäft zu führen, eintragen lassen kann. Der Handelsregister-Führer hat (Art. 940 OR) »zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind«. Eine wesentliche Voraussetzung für diesen freiwilligen Eintrag besteht eben im »Geschäft betreiben«. Nach His [20]) ist hiezu notwendig die *selbständige und dauernde Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit*. Es ist aber selbst mit dieser Umschreibung dem Handelsregister-Führer ein weiter Spielraum für sein Ermessen offen gelassen.

---

[14]) Giovanoli, Art. 494 N. 18; Schönenberger, Art. 494, N. 9.

[15]) Auch hier gilt für die internen Wirkungen bereits der Eintrag ins Tagebuch laut Art. 932. Vgl. Siegwart, Art. 643 N. 1.

[16]) Beck, Art. 494 N. 12.

[17]) Beck, Art. 494 N. 12.

[18]) Vgl. Zimmermann, a. a. O., S. 122: »Die erst nachträglich erfolgende Eintragung macht die vorher abgegebene Bürgschaft nicht rechtswirksam.« Vgl. die entsprechenden Ausführungen in § 4, S. 23.

[19]) Art. 53 der VO über das Handelsregister gilt natürlich nicht nur für den Einzelkaufmann, sondern für alle Unternehmen, die ein dort bezeichnetes Gewerbe führen.

[20]) His, Art. 934, N. 92.

V. Weiterhin nimmt an der Ausnahmevorschrift des Absatzes *2* teil, wer eingetragen ist »*als Mitglied einer Kollektivgesellschaft*« (Art. 554, Abs. *2*, Ziff. 1 OR). Es ist nicht von Bedeutung, ob dem einzelnen Gesellschafter Vertretungsbefugnis zusteht oder nicht. Er gilt in jedem Fall als Mitglied [21]).

Der Eintrag der Kollektivgesellschaft (und dies gilt auch für die Kommanditgesellschaft) ist, sofern sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, lediglich deklaratorisch [22]). Die Gesellschaft besteht also bereits vor dem Registereintrag. Das befreit den einzelnen Gesellschaft aber nicht von der Zustimmung des Ehegatten für persönliche Bürgschaften. Er ist von ihr unabhängig erst im Augenblick, wo er als Kollektivgesellschafter im Handelsregister *eingetragen* ist.

Wenn nun aber *die Gesellschaft* schon vor der Eintragung eine Bürgschaft eingehen will, ist sie dazu fähig? Diese Frage ist hier berechtigt. Denn laut OR Art. 568 haften die Gesellschafter »für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen«. Es besteht also eine persönliche Haftung der Mitglieder. Wenn die Kollektivgesellschaft juristische Person wäre, könnte Bürgschaftsfähigkeit ohne Zweifel angenommen werden. Sie besitzt aber nach der herrschenden Meinung der Wissenschaft und der Rechtssprechung [23]) keine Rechtspersönlichkeit. Es ist daher die Bürgschaft einer noch nicht eingetragenen Kollektivgesellschaft als *bloße solidarische Mitbürgschaft* zu behandeln (Art. 497, Abs. *2*). Es bedarf in diesem Fall — da die Haftung sich von der des ordentlichen Mitbürgen in keiner Weise unterscheidet — jeder Gesellschafter der Zustimmung seines Ehegatten, damit die Bürgschaft der Kollektivgesellschaft rechtsgültig zustandekommt. Diese Lösung ist nicht zu hart; denn der Fall wird nicht oft eintreten, da ja jede Kollektivgesellschaft auch zum deklaratorischen Eintrag verpflichtet ist [24]).

VI. Wer »als *unbeschränkt haftendes Mitglied einer Kommanditgesellschaft*« im Handelsregister eingetragen ist, kann sich ebenfalls ohne Zustimmung des Ehegatten verbürgen. Damit ist eindeutig der *Kommanditär nicht* miterfaßt. Bei der Kommanditgesellschaft stellt sich keine weitere Schwierigkeit mit Ausnahme des am Schluß von V. gestellten und analog zu lösenden Problems. Es wirft sich hiebei jedoch die Frage auf, ob bei Bürgschaften vor Eintrag ins Handelsregister die Zustimmung der Ehegatten *aller* Mitglieder, der Kommanditierten sowohl wie der Kommanditäre notwendig sei. Die letzteren bedürfen für sich persönlich, wie oben erwähnt, *immer* der Zustimmung des Ehegatten. Die Kommanditierten aber können nach ihrem Eintrag ins Handelsregister sich persönlich frei verbürgen. Darum wird man auch der Gesellschaft das freie Recht, Bürgschaften einzugehen, nicht absprechen können. Eine Rücksicht auf die

[21]) Schönenberger, Art. 494, N. 10; Zimmermann, a. a. O., S. 122.

[22]) Das ergibt sich negativ aus Art. 553 OR, der vorsieht, daß nur die Kollektivgesellschaft, die kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, erst mit dem Eintrag ins Handelsregister entsteht. Vgl. Siegwart, Art. 552/3 N. *22* und *23*.

[23]) Siegwart, Art. 552/3 N. 1 und *2* und die dort Zitierten.

[24]) Siegwart, Art. 552/3 N. *22*.

Ehegatten der Kommanditäre wäre zu belastend, besonders da diese nicht unbeschränkt persönlich haften, sondern nur mit einer bestimmten Kommanditsumme (OR Art. 608, Abs. 1), ähnlich wie Aktionäre.

Nach OR Art. 606 haftet aber auch der Kommanditär *unbeschränkt,* wenn die Gesellschaft vor dem Eintrag ins Handelsregister »im Verkehr aufgetreten« ist und er nicht beweist, daß dem Dritten »die Beschränkung seiner Haftung bekannt war«. Das dürfte auf das Zustandekommen der Bürgschaft der *noch nicht eingetragenen Kommanditgesellschaft keine Bedeutung haben.* Die Bürgschaft ist rechtsgültig entstanden, wenn alle Ehegatten der *wirklichen* Kommanditäre ihre Zustimmung erteilt haben.

Es ist dies aber wichtig für den Dritten, den Gläubiger. Er kann gegenüber einem Kommanditär, dessen Ehegatte die Zustimmung nicht erteilt hat, Art. 606 nicht geltend machen. Wird der Kommanditär nach besagtem Artikel unbeschränkt behaftet, so ist seine Stellung gleich derjenigen der Kommanditierten; er ist bei bürgschaftlichen Angelegenheiten gleich ihnen solidarischer Mitbürge, es wäre also die Zustimmung seines Ehegatten für das Zustandekommen seiner Haftung notwendig gewesen. Ein Geltendmachen der unbeschränkten Haftung des Art. 606 kann also nicht in Frage kommen, da für das Entstehen dieser Verbindlichkeit die notwendige Zustimmung fehlte.

Es wird dies praktisch keine große Bedeutung haben. Entweder weiß der Gläubiger, wem bei einer noch nicht eingetragenen Kommanditgesellschaft die Stellung eines Kommanditärs zukommt, dann verlangt er eben nur die Zustimmung der Ehegatten der Kommanditierten. Oder er weiß nicht, wie die Rollen der einzelnen Gesellschaftsmitglieder verteilt sind, dann wird er eben die Zustimmung der Ehegatten aller Gesellschafter verlangen. Im ersten Fall tritt die Wirkung des Art. 606 ohnehin *nicht* ein, im andern kann er ohne weiteres den mit der Zustimmung versehenen bürgenden Kommanditär nach Art. 606 gleich wie die Kommanditierten behaften.

VII. *Die Aktiengesellschaft.* Weiterhin erklärt Art. 494, Abs. 2:

»Diese Zustimmung ist nicht erforderlich für die Bürgschaft einer Person, die im Handelsregister eingetragen ist... als Mitglied der Verwaltung oder Geschäftsführung einer *Aktiengesellschaft*...« [25]).

1. Das Gesetz unterscheidet nicht innerhalb der A.-G., es stellt also weder ab auf den statutarischen Zweck und Gegenstand, noch auf die Kapitalgrundlagen. Dies ist wohl verständlich. Eine Abstufung nach dem Aktienkapital oder gar nach Zweck und Gegenstand wäre sehr schwierig und würde zweifellos zu Ungerechtigkeiten führen. Der Gesetzgeber nimmt es darum in Kauf, daß an dieser Ausnahmebestimmung auch Mitglieder der Verwaltung und Geschäftsführung kleiner und kleinster Aktiengesellschaften partizipieren.
2. Vorerst nehmen die *Mitglieder der Verwaltung* teil an dieser Bestimmung. Das Wesen der Verwaltung der A.-G. ist im OR genau um-

[25]) Diese Bestimmung wurde erst in der nationalrätlichen Kommission (II. Db.) aufgenommen als Ergänzung zu der aus SchKG Art. 39, Abs. 1, Ziff. 1—4, übernommenen Aufzählung. Vgl. Kom. NR, 7./8. Febr. 1941, S. 10.

schrieben (Art. 797 ff.). Dieses Organ kann je nach der Größe und dem Umfang der Gesellschaft durch ein einziges Mitglied verkörpert werden (OR Art. 711), oder es sind mehrere Personen mit der Durchführung der Verwaltungstätigkeit betraut, die dann (Art. 712) im Verwaltungsrat zusammengefaßt werden.

Vom Art. 494, Abs. 2 werden jedoch nur diejenigen »Mitglieder der Verwaltung« erfaßt, die wirklich im Handelsregister *eingetragen sind.* Die Tatsache, daß durch erst nachträglichen Eintrag die Bürgschaft, der die Zustimmung zur Zeit vor dem Eintrag fehlte, nicht konvalidiert, ist vor allem bei der A.-G. von Bedeutung, weil es in der Praxis [26]) nicht selten vorkommt, daß die Frist zwischen der durch die Generalversammlung erfolgten Wahl in den Verwaltungsrat und dem Eintrag ins Handelsregister mehr oder weniger lang ausfällt.

Die Verwaltungsräte müssen alle im Handelsregister eingetragen werden, auch diejenigen, die nicht mit Vertretungsbefugnis ausgestattet sind (Art. 641, Ziff. 8). Dies im Gegensatz zu den Geschäftsführern, bei denen nur die zeichnungsberechtigten eingetragen werden [27]). Art. 494, Abs. 2 macht keinen Unterschied zwischen vertretungsberechtigten und nicht-vertretungsberechtigten Verwaltungsräten. Weiterhin ist es belanglos, ob der einzelne Verwaltungsrat Allein- oder nur Kollektivzeichnungsbefugnis hat.

3. Während der Begriff »Verwaltung« keine besonderen Schwierigkeiten bereitet, herrscht über den zweiten, »*Geschäftsführung*«, ziemliche Unklarheit. Und doch ist gerade die Art und Weise der Auslegung dieses Wortes von weittragender Bedeutung. Da [28]) weder das Bürgschafts- noch das Aktienrecht sich näher darüber aussprechen, was unter »Geschäftsführung« zu verstehen ist, kann nur mit Hilfe der vom Gesetzgeber aufgestellten Artikel eine Klarlegung des Begriffes erreicht werden.

Der Gesetzgeber stellt im Aktienrecht mehrere Male die Begriffe »Geschäftsführung« und »Vertretung« einander gegenüber (so z. B. in den Art. 713, 717, 722, Abs. 1, Ziff. 3, 754, Abs. 1). Nach dem Wortlaut dieser Artikel gelangt man zur Auffassung, daß unter »Geschäftsführung« die Erledigung von Angelegenheiten im Innenverhältnis, unter »Vertretung« die Bestätigung nach außen, dem Dritten gegenüber zu verstehen ist. Es wäre aber zweifellos nicht richtig, am Wortlaut des Gesetzes zu scheitern. Das Wesentliche ist immer die ratio legis, und darum darf sicher auch die »Vertretung« als »Geschäftsführung« begriffen werden, zwar als »Geschäftsführung nach außen«, im Gegensatz zu der im Gesetze angeführten »Geschäftsführung«, die nur die »Geschäftsführung nach innen« umfaßt [29]).

---

[26]) Zu diesen Ausführungen aus der Praxis vgl. Zimmermann, a. a. O., S. 121.
[27]) Vgl. hiezu die Ausführungen über den Geschäftsführer unten, S. 35 ff.
[28]) Vgl. im Folgenden: Zimmermann, a. a. O.
[29]) Es ist dies nur eine begriffliche Unterscheidung. Praktisch sind diese Kompetenzen nicht so scharf auseinandergehalten. Es wird kaum jemand ausschließlich nur Vertretungsbefugnisse ausüben, sondern es werden dies immer Personen sein, die auch im Innenverhältnis mit Geschäftsführung betraut sind. Vgl. die Aus-

In diesem Sinne wird der Ausdruck jedenfalls im neuen Bürgschaftsrecht verstanden. Sonst hätte Art. 494, Abs. 2, der den Geschäftsführer der A.-G. von der Zustimmung des Ehegatten dispensiert, ja gar keinen Sinn, da er nur von den im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführern spricht. Eingetragen werden aber bei der A.-G. — teilweise im Gegensatz zur Verwaltung — nur diejenigen Geschäftsführer, welche von der Gesellschaft mit Vertretungsbefugnis ausgestattet sind [30]), was ja auch dem Zweck des Handelsregistereintrages entspricht.

Für das Bürgschaftsrecht wird die Frage aktuell, ob *alle* im Handelsregister als zeichnungsberechtigt Angeführten als Mitglieder der Geschäftsführung gelten, oder ob das ein Privileg der graduell höherstehenden Personen ist. Bei größeren A.-G. vor allem besteht eine weitschichtige Hierarchie Zeichnungsberechtigter: Generaldirektoren, stellvertretende Generaldirektoren, Direktoren, stellvertretende Direktoren, Vize-Direktoren, Prokuristen und Bevollmächtigte verschiedenster Art.

Keine Schwierigkeiten bereiten die *Handlungsbevollmächtigten.* Sowohl General- wie Spezial-Handlungsbevollmächtigte können nicht im Handelsregister eingetragen werden [31]) und bedürfen daher eindeutig der Zustimmung.

Generaldirektoren, stellvertretende Generaldirektoren und Direktoren werden sicher von der Ausnahmebestimmung des Art. 494, Abs. 2 erfaßt, bedürfen also der Zustimmung des Ehegatten nicht [32]). Und zwar sind die Direktoren Mitglieder der Geschäftsführung [33]), ob sie Aktionäre sind oder nicht (Art. 717, Abs. 2) [34]). Es ist ferner rechtlich belanglos, ob dem Direktor ein Generaldirektor übergeordnet ist, denn Art. 494, Abs. 2 spricht nicht von der *obersten* Geschäftsführung, von der leitenden Spitze, sondern allgemein von der Geschäftsführung. Es ist auch nicht von Belang, ob der Direktor dem Gesamtunternehmen oder nur einem Ressort oder einer Zweigniederlassung vorsteht. Ebenfalls ist nicht von Bedeutung — gleich wie bei der Verwaltung — ob Direktoren einzel- oder nur kollektiv-zeichnungsberechtigt sind. Das Gesetz macht nach keiner dieser Richtungen einen Unterschied.

Unsicherheit und Meinungsverschiedenheiten herrschen in bezug auf den *Vize-Direktor und den Prokuristen* [35]). Allerdings kommt in der

führungen von Flechtheim, Kommentar Düringer-Hachenburg, § 114, Anm. 1, S. 584, für das Recht der offenen Handelsgesellschaften, die sinngemäß auch für die A.-G. gelten. Dafür spricht auch die Tatsache, daß eine scharfe Trennung von Geschäftsführung und Vertretung sogar in den Statuten maßgebendster schweiz. A.-G. nicht zu finden ist. Vgl. Zimmermann, a. a. O., S. 123; Schönenberger, Art. 494 N. 11.

[30]) Siegwart, Art. 640 N. 14.

[31]) Vgl. v. Steiger, Prüfung und Eintragung der A.-G. beim Handelsregister, S. 46.

[32]) Beck, Art. 494, N. 11.

[33]) Vgl. oben, S. 35.

[34]) Beck, Art. 494 N. 11.

[35]) Zimmermann (a. a. O., S. 123 f.) will dieses Ausnahmeprivileg auch auf den Prokuristen ausgedehnt wissen. Beck (Art. 494 N. 11) und Schönenberger (Art. 494 N. 11) sind gegenteiliger Ansicht.

Praxis ihnen oft eine wirtschaftlich bedeutendere Stellung zu als selbst Direktoren. Auch hat das Gesetz hier nicht ausdrücklich eine Abstufung vorgenommen. Es gibt sogar Aktiengesellschaften, bei denen überhaupt kein Direktor, sondern nur ein Prokurist die oberste Leitung innehat [36]). Das könnten auf den ersten Blick Gründe sein, das Ausnahmeprivileg auch Vize-Direktoren und Prokuristen zuzusprechen.

Anderseits muß berücksichtigt werden, in welchem *Zusammenhang* der Gesetzgeber den Geschäftsführer vom Zustimmungserfordernis befreit. Der Wortlaut heißt: »als Mitglied der Verwaltung oder Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft«. Der Gedanke ist nicht von der Hand zu weisen, daß hier der Gesetzgeber nur diejenigen Personen erfassen will, die zum *Organ* der A.-G. gehören, Direktoren, Delegierte des Verwaltungsrates, eventuell — je nach seiner Stellung — den Vize-Direktor [37]), nicht aber den Prokuristen. Diese Auffassung bestärkt der Umstand, daß bei den andern aufgezählten Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit, der GmbH und der Kommanditaktiengesellschaft ebenfalls *nur die Organe* an diesem Privileg teilhaben. Bei der Kommandit A.-G. sind genannt nur die Mitglieder der Verwaltung, bei der GmbH die geschäftsführenden Mitglieder [38]).

Es ist nicht einzusehen, warum überhaupt bei der A.-G. die Prokuristen eine Vorzugsstellung genießen sollen und bei der Großzahl anderer Handelsunternehmungen nicht. Es besteht kein Grund, den Prokuristen z. B. einer großen Einzelfirma oder einer GmbH schlechter zu stellen. Diese Ausnahme zugunsten der Prokuristen in der A.-G. ist *nicht gerechtfertigt* [39]), besonders, da auch bei der A.-G. eine Reihe kleiner Gesellschaften existiert.

Die Tatsache, daß in gewissen Aktiengesellschaften überhaupt keine Direktoren, sondern nur Prokuristen die oberste Geschäftsführung innehaben, spricht nicht gegen diese Auffassung, da es ja (vgl. Anm. 37) nicht in erster Linie darauf ankommt, wie die Personen genannt werden, sondern daß sie tatsächlich die obersten Geschäftsführer sind. Es ist auch hier nicht auf die Bezeichnung abzustellen, sondern auf den Sinn, der hinter den einzelnen Worten steckt.

Zimmermann zieht zur Begründung seiner Ansicht den *französi-*

---

[36]) Zimmermann, a. a. O., S. 124; Schönenberger, Art. 494 N. 11.

[37]) Entscheidend ist selbstverständlich nicht der Umstand, daß sich jemand den Titel »Direktor« beilegt, sondern die Tatsache, daß jemand durch die Statuten oder durch ein von ihnen vorgesehenes Reglement (OR Art. 717, Abs. 1) oder von der durch die Statuten oder das Reglement dazu ermächtigten Generalversammlung oder Verwaltung (OR Art. 717, Abs. 2) zur Geschäftsführung eingesetzt worden sind. In ihrem Geschäftsbereich müssen sie selbständig entscheiden und handeln können, nicht nur ausführende Tätigkeit entfalten. Vgl. Schönenberger, Art. 494 N. 11.

[38]) Daß gerade bei der GmbH unter den »Geschäftsführern« nur Personen mit Organstellung verstanden werden, ergibt sich aus der Tatsache, daß die Gesellschaft für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Geschäftsführer in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtung begeht, haftet (Art. 814, Abs. 4), vgl. Guhl, Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz, Zürich, 1937, S. 49.

[39]) Schönenberger, Art. 494 N. 11.

schen und den *italienischen Text* zum Vergleich heran [40]). Der französische Text nennt ausdrücklich den »administrateur ou directeur d'une société anonyme«, der italienische entsprechend den »amministratore o direttore di una società anonima«.

Selbstverständlich darf der Richter sich nicht einfach auf den französischen oder italienischen Text stützen, weil er hier klarer ist, da Art. 116 der Bundesverfassung die Hauptsprachen der Schweiz als *gleichwertig* bezeichnet [41]). Es hat bei diesem Widerspruch im Wortlaut der Landessprachen darum die juristische Interpretation zu helfen:

Zimmermann will dem deutschen Text den Vorzug geben, vor allem, weil er die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit am wenigsten einschränkt. Er stützt sich dabei auf verschiedene Bundesgerichtsentscheide [42]). Zu dieser Lösung ist man kaum berechtigt, da Art. 494 im Prinzip diese Einschränkung der Handlungsfähigkeit will und im zweiten Absatz nur eine Ausnahme aufstellt [43]). Aber auch sonst wäre die Lösung, wie sie Zimmermann vorschlägt, nur gerechtfertigt, wenn die Interpretation der anderssprachigen Gesetzestexte einen verschiedenen Sinn zutage fördern würde. Hier jedoch deckt sich die sinngemäße Auslegung des deutschen Textes mit dem Wortlaut des französischen und italienischen Gesetzes. Die richtige Folgerung hieraus ist die, daß die französische und italienische Formulierung eher die eben dargelegte Auffassung von der Tragweite dieser Ausnahmebestimmung sanktioniert, d. h. der *Prokurist* hat auch bei der A.-G. *keinen Anteil* an der Ausnahmebestimmung des Art. 494, Abs. 2.

Der Richter hat hier das letzte Wort zu sprechen. Bis eine anderslautende Judikatur des Bundesgerichtes vorliegen wird, muß sich daher der Gläubiger auch vom Prokuristen einer A.-G. und vorsorglicherweise auch vom Vize-Direktor die Zustimmungserklärung des Ehegatten vorlegen lassen, wenn er nicht große Gefahr laufen will, daß die Bürgschaft überhaupt nichtig sein soll.

4. Abgesehen von der besprochenen Frage interessiert der Fall der Einmanns-A.-G. Die bloße Tatsache, daß die Aktien in den Händen einer einzigen Person liegen, befreit diese nicht von der Zustimmung des Ehegatten, sofern sie nicht in einer der im Art. 494, Abs. 2, angeführten Eigenschaften im Handelsregister eingetragen ist. Das Bürgschaftsrecht schaut nicht auf die wirtschaftliche Tatsache sondern auf die formelle Vorschrift der Eintragung ins Handelsregister [44]).

VII. *Kommanditaktiengesellschaft:* An der Befreiung partizipiert das eingetragene »*Mitglied der Verwaltung einer Kommanditaktiengesellschaft*«. Die Abgrenzung ist hier klar. Erfaßt werden nur die unbeschränkt haftenden Mitglieder wie bei der Kommanditgesellschaft. Denn laut Art. 765 OR bilden ausschließlich diese die Verwaltung. Während bei der A.-G.

---

[40]) Zimmermann, a. a. O., S. 124.
[41]) Vgl. Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen, 1923; BGE 60 II 318.
[42]) BGE 60 II 319; BGE 51 I 161.
[43]) Schönenberger, Art. 494, N. 11.
[44]) Schönenberger, Art. 494 N. 11; Zimmermann, a. a. O., S. 125.

die Direktoren als untere Verwaltungsorgane gleichfalls an der Ausnahmevorschrift teilhaben, sieht das Gesetz von einer solchen Erweiterung bei der Kommandit-A.-G. ab. Eine Analogie zugunsten dieser Personen ist nicht zulässig, da die Aufzählung des Gesetzes als endgültig zu betrachten ist. Die Gesetzesmaterialien geben diesbezüglich keinen Aufschluß. Die Annahme ist aber kaum von der Hand zu weisen, daß der Gesetzgeber wegen der praktisch stets abnehmenden Bedeutung dieser Gesellschaftsform es nicht für nötig erachtete, den Ausnahmekreis zu erweitern, während ein solcher Schritt bei der A.-G. einem Bedürfnis entsprach.

VIII. Schließlich befreit Absatz 2 von der Zustimmung, wer »*als geschäftsführendes Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung*« im Handelsregister angeführt ist[45]). Als »Geschäftsführer« werden hier nur Personen begriffen, die Organstellung besitzen. Das ergibt sich aus OR Art. 814, Abs. 4, der bestimmt, daß die Gesellschaft haftet, wenn ein Geschäftsführer in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtung Schaden stiftet[46]). Daß der Prokurist hier sicher nicht an der Geschäftsführung teilhat, folgert aus OR Art. 816, wonach »jeder Geschäftsführer zum Widerruf der Prokura« berechtigt ist[47]). Normalerweise, d. h. wenn nicht Statuten oder Gesellschaftsbeschluß etwas anderes bestimmen, ist jedes Mitglied der GmbH Geschäftsführer (Art. 811 OR). Es muß nach Artikel 91 der Verordnung über das Handelsregister jährlich eine Liste der Gesellschafter eingereicht werden[48]). Damit sind also ordentlicherweise alle dort angeführten Personen von der Zustimmung befreit. Eine Ausnahme besteht nur für Gesellschafter, die erst nach der Gründung zur Gesellschaft stoßen. Denn sie haben »das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung nur dann, wenn sie ihnen durch besondern Gesellschaftsbeschluß übertragen werden« (Art. 811, Abs. 2).

Nach OR Art. 812 kann »Geschäftsführung und Vertretung auch Personen übertragen werden, die nicht Gesellschafter sind«. Von Art. 494, Abs. 2 werden aber nur diejenigen Geschäftsführer erfaßt, die *Mitglieder* der GmbH sind. Diese Vorschrift wird strikte auszulegen sein. Die allgemeine Tendenz des Art. 494 geht aus auf die Beschränkung der Bürgschaftsfähigkeit. In Absatz 2 ist nur eine rein formale Vorschrift zu erblicken, die besagt, daß gewisse, in bestimmter Eigenschaft ins Handelsregister eingetragene Personen der Zustimmungspflicht enthoben werden[49]). Dies darf aber kaum ausgedehnt werden auf Personen, die faktisch

[45]) Auch diese Bestimmung wurde als Erweiterung erst in der Kommission NR (II. Db.) vom 7./8. Febr. 1941 aufgenommen (Kom., S. 10) vgl. Anm. 25.

[46]) Guhl, Das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz, S. 49. Vgl. Anm. 38.

[47]) Guhl, wie oben, S. 48.

[48]) Das Erfordernis des Art. 815 OR, daß die Geschäftsführer ihre Unterschrift niederlegen müssen, dürfte kaum ein Gültigkeitserfordernis sein, sondern eher nur deklaratorische Bedeutung haben. Vgl. Siegwart bei der A.-G., Art. 640 N. 15. Er erklärt nur: »Die Unterschrift der Vertretungsberechtigten muß im Handelsregister-Amt aufliegen.«

[49]) Schönenberger, Art. 494 N. 11.

vielleicht eine gleiche Stellung einnehmen, denen in der Tat aber eine der notwendigen Eigenschaften fehlt, nämlich die der Mitgliedschaft [50]).

IX. Die Aufzählung des Gesetzes ist zweifellos *abschließend* [51]). Darnach werden Geschäftsführer und Verwaltungsräte einer *Genossenschaft* dieser Erleichterung nicht teilhaftig [52]). Dieses Uebergehen ist dem Gesetzgeber zum Teil als Fehler angekreidet worden [53]), wurde jedoch von ihm nach reiflicher Ueberlegung beschlossen. Einmal schien es undurchführbar, kaufmännische und andere Genossenschaften verschieden zu behandeln, zum andern wollte der Gesetzgeber die vielen schutzbedürftigen Geschäftsführer der ländlichen Genossenschaften nicht dieser Vorsichtsmaßnahmen berauben. Bei der großen Zahl der schweizerischen Genossenschaften wurde das als *zu großer »Einbruch* in das System des Zustimmungserfordernisses« betrachtet [54]). Diese wohl verständliche Stellungnahme des Gesetzgebers führt aber doch zu Kuriositäten, die sich allerdings nicht vermeiden lassen: Die Tätigkeit bei Bankunternehmen auf genossenschaftlicher Basis (z. B. Volksbank) und Versicherungsgenossenschaften hat für die leitenden Personen, die sicher sehr großen kaufmännischen Anforderungen gewachsen sein müssen, nicht zur Folge, daß diese sich frei verbürgen könnten. Man hätte vielleicht für solche Genossenschaften eine Ausnahme schaffen können, besonders da der Gesetzgeber dies auch an andern Stellen — zwar dort, um die Pflichten dieser Gesellschaften zu verschärfen — getan hat [55]); anderseits ist es verständlicherweise unmöglich, das Gesetz jedem Einzelfall anzupassen. Gerade hier hätte man fast notwendig die einmal gewagte Ausnahme auf andere bedeutende Genossenschaften [56]) ausdehnen müssen, und damit hätte von neuem die Schwierigkeit einer zweckmäßigen und direkten Abgrenzung begonnen. So ist denn der Direktor der Volksbank verpflichtet, seine Ehegattin um Zustimmung anzufragen, während ein kleiner Schustermeister, der im Handelsregister eingetragen ist, sich frei bürgschaftlich verpflichten kann.

X. Diese zum Teil unterschiedliche Behandlung zeigt sich nicht nur bei der Genossenschaft. Das gleiche trifft auch zu für die leitenden Personen *öffentlich-rechtlicher Unternehmungen,* die nicht in eine privatrechtliche Gesellschaftsform gekleidet sind. So sind Verwaltungsräte und Direktoren z. B. der Kantonalbanken als Beamte von Staatsinstituten verpflichtet, für persönliche Bürgschaften die Zustimmung der Ehegattin ein-

[50]) Gleicher Ansicht: Schönenberger, Art. 494 N. 12; Zimmermann, a. a. O., S. 125; anders: Beck, Art. 494 N. 11.

[51]) Schönenberger, Art. 494, N. 10; Giovanoli, Art. 494 N. 17; Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 139.

[52]) Beck, Art. 494 N. 13; Schönenberger, Art. 494 N. 13.

[53]) Zimmermann, a. a. O., S. 125.

[54]) Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 139; Kom. StR, 30. April 1941, S. 5 ff., 16 f.

[55]) Vgl. Art. 920 OR: »Bei Kreditgenossenschaften und konzessionierten Versicherungsgenossenschaften richtet sich die Verantwortlichkeit nach den Bestimmungen des Aktienrechts.«

[56]) Die größte schweiz. Genossenschaft verfügt über einen Gesamtbetrag eigener und fremder Gelder von rund 1,15 Milliarden Franken.

zuholen [57]). Es gibt noch viele Einzelfälle, bei denen man sich fragen kann, ob hier der Gesetzgeber nicht auch eine Ausnahme hätte aufstellen sollen: »Selbst der reichste Privatmann, der erfahrenste Anwalt oder Notar, der Richter (selbst der Bundesrichter), der hohe und höchste Beamte, der Großbauer können Bürgschaften rechtswirksam ohne Zustimmung des Ehegatten nicht eingehen, wenn sie nicht in einer der in Art. 494, Abs. 2 erwähnten Eigenschaften im Handelsregister eingetragen sind« [58]).

Es ist jedoch ein Ding der Unmöglichkeit für den Gesetzgeber, jeden Einzelfall genau abzuwägen. Das würde so weit führen, daß die ganze Regel durch die zahllosen Ausnahmen geradezu illusorisch würde. Und wenn dieser Ausnahmenkatalog noch so ausgeklügelt und umfangreich geschaffen würde, so wäre doch mit dieser detaillierten Negation keine Gewähr geboten, daß damit immer die richtigen Personen getroffen würden. Der Gesetzgeber könnte hier fortlaufend revidieren. Wenn sich das Parlament schon zur Erkenntnis durchgerungen hat, daß mit dieser Bestimmung dem Bürgenelend wirksam gesteuert werden könne und es trotzdem durch die wohlberatenen Ausnahmebestimmungen Handel und Gewerbe nicht zu sehr treffen wollte, so darf man sich mit der eingeführten Erleichterung füglich zufrieden geben, wenn auch in gewissen Fällen Personen daraus Nutzen ziehen, denen diese Privilegierung nicht in erster Linie zugedacht war, und in andern Fällen Personen gehemmt werden, bei denen man wohl die nötige Vorsicht und Gewissenhaftigkeit vermuten darf.

2. Kapitel: Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte

§ 7. Die Eingehung der Bürgschaft

An der Spitze der zustimmungsbedürftigen bürgschaftlichen Rechtsgeschäfte steht der *Bürgschaftsvertragsabschluß*. Obwohl dies selbstverständlich scheinen dürfte, stellen sich auch in dieser Frage einige wichtige Probleme, die der Abklärung bedürfen.

I. Artikel 509 OR regelt die *Wiedererneuerung* einer abgelaufenen Bürgschaft. Nach einer Dauer von 20 Jahren fällt eine Bürgschaft dahin. Sie kann jedoch, wenn nicht von der Verlängerungsmöglichkeit auf 10 Jahre Gebrauch gemacht wird, sofort nach Ablauf neu auf die Höchstdauer von 20 Jahren geschlossen werden [1]). Dies ist aber als *neue Bürgschaft zu betrachten.* Es sind daher nicht nur die Formvorschriften des Artikels 493 OR zu beachten, sondern auch hier ist wiederum die *Zustimmung des Ehegatten notwendig.*

[57]) Ausgenommen sind die Direktoren dreier in der Form der A.-G. organisierter Kantonalbanken: Banque Cantonale Vaudoise, Crédit Foncier Vaudois und Zuger-Kantonalbank. Zimmermann, a. a. O., S. 125.

[58]) Zimmermann, a. a. O., S 121 f.

[1]) Giovanoli, Art. 509 N. 27.

II. Fraglich ist, ob ein sog. *Vorvertrag* ebenfalls der Zustimmung bedarf. Beck und Schönenberger[2]) bejahen es, der erstere, weil er fürchtet, die Zustimmungsvorschrift möchte sonst leicht umgangen werden, der letztere, weil damit der sich verpflichtende Vertragspartner bereits ein »bürgschaftsmäßiges Risiko, ähnlich wie bei der Eingehung einer Bürgschaft« auf sich nehme. Schönenberger verweist hiebei auf Art. 493, Abs. 6[3]), wo für diesen Fall wegen des »bürgschaftsmäßigen Risikos« ausdrücklich *die gleiche Form* vorgeschrieben ist wie für die Eingehung der Bürgschaft.

Dieser Ansicht gegenüber kann sehr wohl eine *gegenteilige Meinung* vertreten werden, die sich nicht minder begründen läßt.

1. Warum hat der Gesetzgeber in Art. 493, Abs. 6 für den Vorvertrag die gleichen Formerfordernisse ausdrücklich verlangt, während er bei Art. 494 schweigt? Diese bestimmte Erwähnung bei Art. 493, Abs. 6 wäre ja nicht einmal notwendig gewesen, da bereits Art. 22, Abs. 2 OR den gleichen Grundsatz aufstellt. Beck will Art. 493, Abs. 6 analog auch hier anwenden[4]). Die Tatsache, daß Art. 494 im Gegensatz zur Formvorschrift des Art. 493 den Vorvertrag nicht erwähnt, dürfte eher einen Umkehr-Schluß rechtfertigen: Wenn der Gesetzgeber in Art. 493, Abs. 6 ausdrücklich diesen Fall erwähnt, in Art. 494 aber darüber schweigt, so deshalb, weil er die betreffende Regel hier nicht angewendet wissen will.
2. Man könnte mit der Ansicht der beiden Interpreten einig gehen, wenn die Zustimmung des Ehegatten ein *Formerfordernis* wäre wie diejenigen des Art. 493. Dies ist es jedoch nach ihrer Ansicht nicht[5]), sondern »eine *materielle* Voraussetzung für die Gültigkeit der Bürgschaft«.
3. Da der zukünftige Bürge im Vorvertrag noch nicht eine eigentliche Bürgschaft eingehen will, sondern *nur die Verpflichtung, einen Bürgschaftsvertrag abzuschließen,* so ist er für diesen Vorvertrag noch nicht zustimmungspflichtig. Er erklärt ja lediglich, daß er bereit sei, in einem Vertrag die entsprechenden Pflichten auf sich zu nehmen. Weil diese vorgängige Bindung für ihn, für seine Uebersicht über den Umfang der Verpflichtung gleich gefährlich ist, wie der Vertrag selber, darum verlangt der Gesetzgeber für dieses Rechtsgeschäft wohl die *gleiche Form.* Ob er den Vorvertag erfüllen, d. h. ob er sich nun aber bürgschaftlich verpflichten kann, hängt nicht allein von ihm ab, sondern noch von der Zustimmung einer dritten Person, von einer Bedingung, die zu setzen nicht in seiner Macht liegt. Das wissen sowohl er als auch sein Vertragspartner. Sie müssen sich völlig bewußt sein, daß die Erfüllung ihres Vorvertrages, den sie geschlossen haben, nur möglich ist, wenn diese Bedingung wirklich eintritt. Der Eintritt der Bedingung ist vom Vermögen des Verpflichteten gänzlich unabhängig, da er die Zustim-

[2]) Beck, Art. 494 N. 14; Schönenberger, Art. 494 N. 22.
[3]) Schönenberger, Art. 493 N. 79.
[4]) Beck, Art. 494 N. 14.
[5]) Beck, Art. 494 N. 3; Schönenberger, Art. 494 N. 3. Vgl. Ausführliches unt. § 14.

mung in keiner Weise erzwingen kann [6]). Es ist darum wohl gerechtfertigt, den Bürgschafts-Vorvertrag ohne Zustimmung des Ehegatten als *suspensiv bedingten Vorvertrag* aufzufassen.

In diesem Fall ist auch das »bürgschaftsmäßige Risiko« nicht mehr gegeben. Denn wenn diese Bedingung nicht eintritt, der Vertrag also dahinfällt, so stehen sich die Parteien gegenüber, »als ob dieses Schuldverhältnis zwischen ihnen niemals bestanden hätte« [7]). Der Verpflichtete wird also frei. Schadenersatz könnte gegen ihn nur geltend gemacht werden, wenn er den Tatbestand des Art. 152, Abs. 1 OR gesetzt, d. h., wenn er etwas vorgenommen hätte, »was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit hindern könnte«, wenn er z. B. nachträglich den andern Ehegatten unter Drohung dahin brachte, daß er seine Zustimmung verweigerte. Die Einrede, daß bei der Annahme eines suspensiv bedingten Vorvertrages die Lösung in Wirklichkeit die gleiche sei wie beim ordentlichen Bürgschaftsabschluß, weil für die Verbindlichkeit die Zustimmung gleichermaßen notwendig sei, ist nicht ganz zutreffend. Bei dem eigentlichen Bürgschaftsvertrag muß die Zustimmung »vorgängig oder spätestens gleichzeitig« abgegeben werden (Art. 494, Abs. 1) [8]), während für die Wirksamkeit dieses Vorvertrages auch eine *nachgehende Zustimmung genügt,* da ja die Zustimmung sich nicht auf den Vorvertrag, sondern auf den zu schließenden Bürgschaftsvertrag bezieht.

Ein Bedenken könnte man höchstens darin erblicken, daß damit scheinbar die Bestimmung des Gesetzgebers, die Zustimmung müsse vorgängig erfolgen (Art. 494, Abs. 1), umgangen werden könnte. In der Tat erfolgt die Einwilligung aber doch *vor* dem Bürgschaftsabschluß. Denn, wenn der andere Ehegatte zustimmt, muß die Bürgschaft mit allen vom Gesetz vorgeschriebenen Formen erst noch eingegangen werden. Der Zweck, den der Gesetzgeber mit der »Vorgängigkeit« erreichen will, ist trotzdem gesichert, da die gemeinsame Beratung, die dem Vertragsabschluß vorangehen soll, gerade in dem Augenblick einsetzt, da der bürgende Ehegatte den andern darum angeht, er möge die Zustimmung für den abzuschließenden Vertrag erteilen.

Eine Umgehungsgefahr ist um so weniger zu befürchten, da es praktisch bei dieser Rechtslage *kaum dazu kommen wird,* daß — wenigstens für Bürgschaften über Fr. 2000.— — Bürgschafts*vorverträge* geschlossen werden. Denn im Falle der Zustimmungsverweigerung wären die Auslagen für die öffentliche Beurkundung des Vorvertrages vergebens gemacht worden. Selbst wenn der Ehegatte die Zustimmung erteilte, so verdoppeln sich die Ausgaben für den Bürgschaftsabschluß, da auch der eigentliche Vertrag wieder der öffentlichen Beurkundung bedarf.

Wollte man die Zustimmung *schon für den Vorvertrag* verlangen, so könnte man ihn — sofern die gesetzlichen Formen innegehalten wor-

[6]) Art. 494 sieht keine Möglichkeit vor, bei Verweigerung auf dem Prozeßwege die Zustimmung zu erzwingen. Vgl. unten § 15.
[7]) Guhl, OR, S. 42.
[8]) Vgl. unten § 9.

den sind — bereits als *eigentlichen Bürgschaftsvertrag* auffassen [9]). Er hätte dann den Namen Vorvertrag völlig zu Unrecht.

III. Die gleiche Annahme dürfte auch beim *Versprechen* eines Rechtssubjektes an den Hauptschuldner, *sich* für ihn *zu verbürgen,* gerechtfertigt sein. Schönenberger [10]) stellt diesen Fall dem vorigen gleich, verlangt also auch hier Zustimmung des Ehegatten mit der nämlichen Begründung. Zweifelsohne kann jemand *auch ohne Zustimmung* dieses Versprechen abgeben, wobei es für den Versprechenden als auch für den aus diesem Versprechen Berechtigten stillschweigend klar sein muß, daß die Wirksamkeit des Versprechens eben nur eintreten kann, sofern der Dritte, nämlich der Ehegatte, durch seine Zustimmung den Versprechenden bürgschaftsfähig macht. Die Erfüllung hängt eben auch hier von einer Bedingung ab, deren Eintreten unabhängig ist von der Macht der Vertragsparteien, von ihnen aber als selbstverständliche Voraussetzung erkannt wird.

IV. Im Zusammenhang mit der Eingehung einer Bürgschaft stellt sich auch die Frage, ob dort, wo für den Bürgen ein *Stellvertreter* tätig ist, die Zustimmung bereits für die Bevollmächtigung verlangt sei, oder ob sie im Augenblick des Vertragsabschlusses durch den Vertreter noch früh genug erfolge. Daß bei einer generellen Vollmacht eine *generelle Zustimmung nicht angängig ist,* ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, das die Zustimmung ausdrücklich »*im einzelnen Fall*« [11]) verlangt. Was die *Einzelvollmacht* betrifft, ist dem Gesetz wohl Genüge getan, wenn im Augenblicke des eigentlichen Vertragsabschlusses die Zustimmung des Ehegatten vorliegt. Der Gläubiger weiß ja, daß die Bürgschaft nur gültig ist, wenn er die schriftliche Zustimmung des Ehegatten des Verpflichteten nachweisen kann. Darum wird er diese Zustimmungserklärung immer schriftlich verlangen. Ob nun der Ehegatte diese bei der Vollmachterteilung oder erst beim Vertragsabschluß gegeben hat, kann ihm gleichgültig sein. Umgehung ist bei dieser Annahme kaum zu befürchten, da der Gläubiger ein Interesse daran hat, die Zustimmungserklärung zu fordern, wenn er nicht Gefahr laufen will, daß die Bürgschaft eines Tages nichtig erklärt wird [12]).

V. Nach dem *Objekt des Vertrages* macht der Gesetzgeber hier *keinen Unterschied.* Während er in Art. 493 in bezug auf die Formvorschriften verschiedene rechtliche Lösungen vorsieht [13]), regelt Art. 494 den Abschluß sämtlicher Bürgschaften einheitlich: Bürgschaften unter Fr. 2000.— be-

[9]) Vgl. v. Thur/Siegwart, S. 252. Ferner: Roth, Der Vorvertrag, Diss., Freiburg, 1928, S. 355.

[10]) Vgl. Schönenberger, Art. 494 N. 22.

[11]) Vgl. unten § 10.

[12]) Der gleichen Ansicht: Schönenberger, Art. 494 N. 21; gegenteilig Beck, Art. 494 N. 14 aus Furcht vor Umgehungsmöglichkeit.

[13]) Verschieden nicht nur nach quantitativen Gesichtspunkten (Bürgschaften unter Fr. 2000.— einfache Schriftlichkeit, darüber öffentliche Beurkundung), auch nach qualitativen (Solidarbürgschaften verlangen qualifizierte Schriftlichkeit: eigenhändige, schriftliche Angabe der Solidaritätsklausel, einfache Bürgschaften bloß einfache Schriftlichkeit), sogar nach persönlichen (Verträge mit dem Staat und dessen öffentlich-rechtlichen Anstalten verlangen nur einfache Schriftlichkeit). Art. 493, Abs. 1—3.

dürfen der Zustimmung wie die höherwertigen. Nicht einmal bei den sog. Kautionsbürgschaften gegenüber der Eidgenossenschaft, ihren öffentlich-rechtlichen Anstalten oder den Kantonen für öffentlich-rechtliche Verpflichtungen wird hier eine Ausnahme zugelassen [14]).

Es gibt aber doch eine Art von Bürgschaften, die *ohne Zustimmung* des Ehegatten rechtsgültig eingegangen werden können: die *Zollbürgschaften.* Dies regelt zwar nicht Art. 494 sondern Absatz 3 der Uebergangsbestimmungen: »Die Vorschriften der Art. 67—71 des Bundesgesetzes vom 1. Oktober 1925 über das Zollwesen bleiben vorbehalten [15]).« Artikel 68 dieses Bundesgesetzes erklärt in Absatz 2 am Ende: »Die Rechtsstellung des Hauptschuldners und des Bürgen gegenüber dem Bunde (Gläubiger) richtet sich nach den Vorschriften dieses Gesetzes.« Das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger ist darum dem Machtbereich des Privatrechtes entzogen und dem öffentlichen Recht unterstellt [16]). Da die Eingehung der Bürgschaft lediglich ein Vertrag ist zwischen Bürge und Gläubiger [17]), hat das Obligationenrecht auch diesbezüglich zurückzutreten. Die Zollbürgschaften bilden also die *einzige Ausnahme,* bei der die Zustimmung für Eingehung des Vertrages nicht erforderlich ist [18]). Diese Ausnahme gilt selbstverständlich nicht nur für das Eingehen von Bürgschaften. Auch nachträgliche Aenderungen richten sich bei den Zollbürgschaften logischerweise nach öffentlichem Recht.

§ 8. Nachträgliche Aenderungen

I. Wenn das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten wirksam werden sollte, so mußte sich der Gesetzgeber entschließen, nicht allein das Eingehen der Bürgschaft unter diese Vorschrift zu stellen, sondern *nachträgliche Aenderungen* — je nach ihrer Bedeutung — gleicherweise mitzuerfassen. Die Frage war nun die, ob sämtliche nachgehenden Aenderungen von der Zustimmung abhängig gemacht werden sollten oder nur belastende Neuerungen und von diesen nur die schwereren oder auch die weniger einschneidenden. Das revidierte OR trifft in Absatz 3 des Artikels 494 folgende Lösung:

»Für nachträgliche Abänderungen einer Bürgschaft ist die Zustimmung des andern Ehegatten nur erforderlich, wenn der Haftungsbetrag

[14]) Beck, Art. 494 N. 22; Bull. NR, 24. März 1941, S. 14.

[15]) Vgl. A.S. 42, 1926, S. 287 ff.

[16]) Vgl. Giovanoli, Uebergangsbestimmungen, N. 31; Blumenstein, Grundzüge des schweizerischen Zollrechts, Bern, 1931, S. 53 f. »Das Verhältnis des Bürgen zum Fiskus ist demjenigen des Zollpflichtigen durchaus konform, da jener der solidarischen Mithaftung unterliegt.«

[17]) Vgl. Einleitung § 1, S. 1.

[18]) Diesbezüglich sind sich sämtliche Autoren einig: Vgl. Aeby, Referat im Freib. Juristenverein, Sommer 1942; Beck, Art. 494 N. 22; Giovanoli, Art. 494 N. 17; Schönenberger, Art. 494 N. 15. Ausdrücklich hervorgehoben auch im Parlament: Bull. StR, 10. Dez. 1941, S. 267.

erhöht oder eine einfache Bürgschaft in eine Solidarbürgschaft umgewandelt werden soll, oder wenn die Aenderung eine erhebliche Verminderung der Sicherheiten bedeutet.«

In der Beratung wurden verschiedene Ansichten vertreten. Während der Nationalrat vorerst die Zustimmung nur verlangte, wenn nachträglich »die Bürgschaftssumme erhöht oder eine einfache Bürgschaft in eine Solidarbürgschaft umgewandelt werden soll« [1]), wollte der Ständerat dieses Alinea 7, Art. 493 streichen, in der »Meinung, daß *alle Aenderungen* der Zustimmung des andern Ehegatten bedürfen« [2]). Die nationalrätliche Kommission (III. Differenzbereinigung) nahm zu diesem Ständeratsbeschluß folgendermaßen Stellung: Es wäre unsinnig, selbst für Erleichterungen die Zustimmung zu fordern. Sie gab aber insofern nach, als sie beschloß, der Fassung des Nationalrates beizufügen: »oder wenn die Aenderung eine *erhebliche Verminderung der Sicherheiten bedeutet*« [3]). Diese Fassung wurde von beiden Kammern gutgeheißen [4]).

II. Die Begründung für diese Lösung ist einleuchtend. Wenn der Gesetzgeber nur den eigentlichen Vertragsabschluß unter die Zustimmung stellen wollte, so wäre damit einer Umgehung [5]) geradezu leichtsinnig Vorschub geleistet. X könnte eine einfache Bürgschaft für Fr. 500.— eingehen. Hier könnte der Ehegatte sehr leicht zustimmen. Nachher würde Solidarität vereinbart, der Haftungsbetrag erhöht, und X wäre nun Bürge, wie er es ursprünglich gewollt, wozu er aber die Zustimmung des Ehegatten nie erhalten hätte. Würden die nachträglichen Aenderungen nicht auch vom Gesetze geregelt, so wäre die Bestimmung des Artikels 494 praktisch annähernd wirkungslos, oder aber sie würde bewirken, daß Ehegatten, die ihrem Partner in bürgschaftlicher Beziehung mißtrauten, ihre Einwilligung auch für kleine Bürgschaften grundsätzlich verweigerten, da sie sonst mit Grund unangenehme Ueberraschungen befürchten müßten.

Die Frage war nur die, welches der tauglichste Weg für den Gesetzgeber sei. Er hat, wie bereits erwähnt, nach längerem Hin und Her in seinen Beratungen der *enumerativen Methode* den Vorzug gegeben. Er prägt nicht eine Generalklausel sondern zählt die Fälle einzeln auf. Und doch genügt ihm die Enumeration wieder nicht restlos, so daß er die Unzulänglichkeit dieser Methode dadurch auszuschalten versucht, indem er der Aufzählung eine Teil-Generalklausel beifügt.

III. Vorerst erwähnt Absatz 3 die *Erhöhung des Haftungsbetrages* als zustimmungspflichtige Aenderung. Eine solche Erweiterung der Haftung ist verhältnismäßig leicht feststellbar, da die vom Bürgen eigenhändig niedergeschriebene Höchstsumme, auf die sich die Zustimmungserklärung beziehen muß, nicht durch Kosten oder Zinsen vergrößert werden kann. Sie gilt als *Höchstverpflichtung* [6]). Für diesen Höchstbetrag gibt der Ehegatte seine Zustimmung. Wenn der Umfang der Hauptschuld anfänglich unter

[1]) Bull. NR, 24. März 1941, S. 7 ff.
[2]) Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 139.
[3]) Kom. NR, (III. Db.), 1. Sept. 1941, S. 3/4.
[4]) Bull. NR, 22. Sept. 1941, S. 213 ff.; StR, 26. Sept. 1941, S. 174 f.
[5]) Vgl. Beck, Art. 494 N. 15.
[6]) Vgl. § 3, Anmerkung 49; Beck, Art. 493. N. 24 ff.; Giovanoli, Art. 493 N. 19 ff.

dieser oberen Grenze liegt und später — vielleicht durch Zinsen oder Kosten — erweitert wird, so ist dies zulässig bis zur angegebenen Höhe, da dies *keine Erhöhung des Haftungsbetrages* ist, sondern nur eine Erhöhung der Hauptschuld, die sich nicht mit dem Haftungsbetrag zu decken braucht, sondern innerhalb dieser Haftung des Bürgen eine beliebige Größe einnehmen kann.

Wenn aber Bürge und Gläubiger gemeinsam nachträglich diese Höchstgrenze, bis zu welcher der Ehegatte seine Zustimmung erteilt hat, auch nur ein klein wenig nach oben verschieben wollen, so ist hiezu neuerdings die Einwilligung des Ehegatten des Bürgen notwendig [7]). Handeln sie dieser Vorschrift zuwider, so wird die nachträgliche Erhöhung hinfällig. Denn der zustimmungsbedürftige Ehegatte war für den Abschluß dieses Rechtsgeschäftes gar nicht fähig [8]).

Beck stellt die Frage, ob dadurch auch die Haftung im bisherigen Umfang untergegangen ist [9]). Die Ansicht dürfte richtig sein, daß ordentlicherweise durch diese nachträglichen Machenschaften zwischen Gläubiger und Bürge der ursprünglich vollgültig abgeschlossene Vertrag *nicht berührt wird*. Wenn die Voraussetzungen richtig erfüllt waren, so ist der Vertrag endgültig zustande gekommen und daran rüttelt ein nachträgliches rechtsungültiges Handeln nicht mehr.

IV. Weiterhin stellt das Bürgschaftsrecht die *Umwandlung einer einfachen in eine solidarische Bürgschaft* unter das Zustimmungserfordernis. Der Grund hiefür dürfte ebenfalls klar sein. Der Unterschied zwischen einfacher und solidarischer Bürgschaft ist so schwerwiegend [10]), daß der andere Ehegatte ein sehr großes Interesse daran hat, auch in diesem Fall zustimmungsberechtigt zu sein. Wenn das Gesetz sich grundsätzlich für die Zustimmung entscheidet, so ist es eine logische Folge, daß nicht allein das Eingehen der Bürgschaft, sondern desgleichen diese wesentliche Erhöhung der Haftung des vordem einfachen Bürgen miterfaßt werden mußte.

Das Gesetz kennt bei der Bürgschaft *zwei Möglichkeiten* der Solidarität: Es kann dieses »Selbstzahler-Verhältnis« zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bestehen (OR Art. 496), anderseits kann aber auch unter verschiedenen Mitbürgen Solidarität vereinbart werden (Art. 497).

Was den ersten Fall der solidarischen Verbindung betrifft — der einfache Bürge wird mit dem Hauptschuldner solidarisch verbunden — sind sich die Autoren einig darüber [11]), daß in jedem einzelnen Fall die Zustimmung vorhanden sein muß, denn die Erschwerung ist hier ohne Ausnahme so wesentlich, daß es falsch wäre, die Fälle nach ihrer Bedeutung zu unterscheiden.

In bezug auf die Umwandlung einer einfachen Mitbürgschaft in eine solidarische gehen die Interpreten in ihren Meinungen auseinander. Schönen-

[7]) Beck, Art. 494 N. 16.
[8]) Die rechtliche Struktur dieser Bestimmung siehe § 14.
[9]) Beck, Art. 494 N. 16.
[10]) Dem Bürgen fehlen zwei höchst wichtige Einreden: die der Vorausklage (gegen den Hauptschuldner) und die der vorgängigen Verwertung der Pfänder. Vgl. § 1 Einleitung, Anm. 34 und die dort Zitierten.
[11]) Schönenberger, Art. 494 N. 18; Beck, Art. 494 N. 17.

berger [12]) verlangt auch in diesem Fall stets die Zustimmung, während Beck [13]) je nach den Verhältnissen unterscheiden will.

Es gibt wirklich Fälle, wo der solidarisch verpflichtete Mitbürge bessergestellt ist als ein Bürge, neben dem sich noch andere Personen für die gleiche Schuld verbürgt haben. Es betrifft den Bürgen des Art. 497, Abs. 4: »Haben mehrere Bürgen sich unabhängig voneinander für die gleiche Hauptschuld verbürgt, so haftet jeder für den ganzen von ihm verbürgten Betrag.« Nach Guhl [14]) liegt hier gar keine Mitbürgschaft vor; aber auf alle Fälle ist dies ein Tatbestand, der dem der Mitbürgschaft sehr ähnlich kommt, besonders seit Art. 497, Abs. 4 das vordem hier unbekannte Rückgriffsrecht eingeführt hat. Da das Gesetz hier trotzdem mit Recht nicht Solidarbürgschaft annimmt, so fehlen diesem Bürgen, der sich unabhängig für die ganze Hauptschuld verbürgt hat, die neuen in Art. 497, Abs. 2 für den Solidarbürgen vorgesehenen Erleichterungen [15]). Er hat lediglich »anteilmäßigen Rückgriff«. Würden nun diese verschiedenen selbständigen Bürgen als solidarische Mitbürgen verbunden, so könnten sie damit nichts verlieren sondern ihre scharfe Haftung mildern, indem sie der Vorzugsstellung des Art. 497, Abs. 2 teilhaftig würden [16]). Das könnte vielleicht ein Fall sein, wie ihn Beck im Auge hat, wenn er hier von einer unterschiedlichen Behandlung redet. Es wäre verständlich, bei einer solchen Rechtslage auf die Zustimmung — weil überflüssig — zu verzichten. Dieser Annahme steht aber doch eine andere Ueberlegung entgegen: Das Gesetz macht innerhalb der verschiedenen Arten von Solidarbürgschaften keinen Unterschied, sondern verlangt ganz allgemein für die Umwandlung einer einfachen Bürgschaft in eine solidarische die Zustimmung des Ehegatten. Diese Ausnahme dürfte daher *kaum gerechtfertigt* sein, wenn man ihr auch einen Kern der Berechtigung nicht absprechen kann.

Wird die Umwandlung ohne Einwilligung doch vereinbart, so hat dies zur Folge, daß die Solidarbürgschaft nichtig ist, die Einreden aus der einfachen Bürgschaft also weiterhin Gültigkeit behalten [17]).

V. In einem dritten, allgemein gehaltenen Punkt, verlangt das Gesetz die Zustimmung für eine nachträgliche Aenderung, wenn diese »eine *erhebliche Verminderung der Sicherheiten bedeutet*«. In dieser Gesetzesformulierung finden sich zwei Ausdrücke, deren Auslegung von größter Wichtigkeit ist. Was versteht der Gesetzgeber unter »Sicherheiten« und »erheblichen« Sicherheiten?

---

[12]) Schönenberger, Art. 494 N. 18.
[13]) Beck, Art. 494 N. 17.
[14]) Guhl, OR, S. 238.
[15]) Der Solidarbürge kann »die Leistung des über seinen Kopfanteil hinausgehenden Betrages verweigern, solange nicht gegen alle solidarisch neben ihm haftenden Mitbürgen, welche die Bürgschaft vor oder mit ihm eingegangen haben und für diese Schuld in der Schweiz belangt werden können, Betreibung eingeleitet worden ist. Das gleiche Recht steht ihm zu, soweit seine Mitbürgen für den auf sie entfallenden Teil Zahlung geleistet oder Realsicherheit gestellt haben«.
[16]) Er verschlechtert seine Stellung etwa nicht dadurch, daß er durch Umwandlung der einfachen Bürgschaft in eine solidarische auf die Einrede der Vorausklage und der vorgängigen Verwertung der Pfänder verzichtet. Denn Solidarität besteht ja nicht mit dem Hauptschuldner sondern nur mit den Mitbürgen.
[17]) Vgl. Beck, Art. 494 N. 17.

1. Wie die *Sicherheiten* aufzufassen sind, läßt sich vielleicht am besten erkennen, wenn das *parlamentarische Werden* dieser unbestimmten Umschreibung noch einmal gründlich ins Auge gefaßt wird: Weil der Ständerat dem Nationalrat, der lediglich die Erhöhung der Haftungssumme und die Umwandlung in eine Solidarbürgschaft unter Zustimmung stellen wollte, völlig widersprach und sogar die Zustimmung für jede Aenderung verlangte [18]), mußte eine gemeinsame Basis gefunden werden. In der III. Differenzbereinigung befaßte sich damit die nationalrätliche Kommission. Der Antrag des Präsidenten, die Zustimmung für jede *erhebliche Erschwerung* zu verlangen, wurde bekämpft als unbestimmt und zu weitgehend. Man einigte sich schließlich dahin, diesen Ausdruck genauer zu prägen, und — statt »erhebliche Erschwerung« — zu sagen: »erhebliche Verminderung von Sicherheiten« [19]). Es sollen also *nicht alle Erschwerungen* zustimmungsbedürftig sein. Wie der Gesetzgeber diese Rechtsvorschrift aufgefaßt haben will, ergibt sich aus den Verhandlungen im Nationalrat: Mit dieser Formulierung hoffte man, *die meisten Fälle einer erheblichen Erschwerung* für den Bürgen zu treffen [20]). Es ist darum sicher eine weite Interpretation am Platze [21]).

2. Die Untersuchung, was im Einzelfall als Verminderung von Sicherheiten betrachtet werden kann, weist in erster Linie hin auf die *Entlassung eines Pfandes,* sowohl die gänzliche wie die teilweise Freigabe [22]). Dies gilt aber nicht substantiell, sondern nur quantitativ und qualitativ, d. h. ein Freigeben von Pfändern ist angängig, wenn dafür andere quantitativ und qualitativ gleichwertige gestellt werden [23]). Eine objektive Wertverminderung des Pfandes ist belanglos, da selbstverständlich nur bei einer rechtsgeschäftlichen Verminderung ein Zustimmungsrecht Platz hat. Das heißt, nur dort, wo der Bürge durch Vertrag übereinkommt, auf ein Pfand zu verzichten, bedarf das neue Rechtsgeschäft, das den Bürgschaftsvertrag verändert, der Zustimmung, um gültig zu werden [24]).

Neben der Freigabe dinglicher Sicherheiten [25]) bezieht sich Absatz 3 des Artikels 494 ohne Zweifel auch auf *persönliche Sicherheiten.* Es wäre darnach z. B. ein Vertrag zwischen Bürge und Gläubiger mit dem Inhalt, Mitbürgen zu entlassen, ohne Zustimmung des Ehegatten des Bürgen hinfällig [26]). Wollte man den Verzicht auf diese persönliche

---

[18]) Vgl. oben I und Anm. 2.
[19]) Kom. NR, (III. Db.), 1. Sept. 1941, S. 3/4.
[20]) Vgl. Bull. NR, 22. Sept. 1941, S. 215 (Referent Aeby): »De cette manière, on aura tenu compte de la plupart des modifications qui peuvent aggraver considérablement la situation de la caution...«
[21]) So auch Beck, Art. 494 N. 18.
[22]) Vgl. Beck, Art. 494 N. 19; Schönenberger, Art. 494 N. 19.
[23]) Vgl. Beck, Art. 494 N. 19.
[24]) Vgl. Schönenberger, Art. 494 N. 19.
[25]) Ausführliches über die Pfänder als Sicherheiten vgl. Art. 503; Giovanoli, Art. 503 N. 10; Beck, Art. 503 N. 17.
[26]) Beck, Art. 494 N. 18; Schönenberger, Art. 494 N. 19; Kom. NR (III. Db.), 1. Sept. 1941, S. 4.

Sicherheit nicht auch uner Zustimmung stellen, so wäre damit einer einfachen Umgehungspraxis wieder der Weg geöffnet. Um den Ehegatten zur Zustimmung zu überreden, würden einige Strohmänner als Mitbürgen bestellt, nach Eingehung des Bürgschaftsvertrages entließe man diese wieder, und die Bürgschaft, für die der Ehegatte ohne Mitbürgen seine Zustimmung nie gegeben hätte, ist gegen dessen Willen so zustandegekommen, wie ihn Bürge und Gläubiger ursprünglich gewollt. — Dagegen fällt auch hier die objektive Tatsache, daß ein Mitbürge zahlungsunfähig wird, nicht ins Gewicht.

3. Was fällt weiterhin unter diese Sicherheiten, deren erhebliche Verminderung die Zustimmung bedingt? Gilt dieser Grundsatz auch für das nachträgliche Wegbedingen von Erleichterungen, die der Gesetzgeber zum Schutze des Bürgen aufgestellt hat. Können Rechte, die den Bürgen vor zu strenger Haftung bewahren wollen, als solche Sicherheiten aufgefaßt werden? Wohl sind heute durch die Gesetzesrevision verschiedene Schutzvorschriften unabdingbar erklärt worden [27]), aber es gibt heute doch noch genügend Möglichkeiten [28]), wo die Vertragsparteien durch Verabredung die Stellung des Bürgen erschweren können. Als wichtiges Beispiel sei erwähnt die Vorschrift des Art. 500, Abs. 1, die vorsieht, daß bei Bürgschaften natürlicher Personen der Haftungsbetrag jährlich um einen Bruchteil sich verringert [29]), »sofern nicht von vorneherein oder *nachträglich* etwas anderes vereinbart wird«. Ist der Ehegatte befugt, hier sein Zustimmungsrecht geltend zu machen, wenn nachträglich diese jährliche Verringerung des Haftungsbetrages wegbedungen wird? Ist diese Vorschrift für ihn nicht eine »Sicherung«, deren Verzicht ihm nicht zuzumuten wäre?

Wollte man diese Frage bejahen, so wäre in dieser Richtung zweifellos ein Schritt zuviel getan. Die Bestimmung hat in erster Linie den Sinn, *Erschwerungen* unmöglich zu machen, *die den Ehegatten hätten veranlassen können, seine Zustimmung zum Bürgschaftsabschluß zu verweigern.* Man darf bei der Auslegung dieses Begriffes wirklich nicht zu ängstlich sein [30]).

Das gleiche darf wohl angenommen werden, wenn eine Bürgschaft auf das Ende der abgelaufenen 20 Jahre *um weitere 10 Jahre verlängert wird* (Art. 509, Abs. 5). Bei dieser nachträglichen Aenderung dürfte kaum eine Zustimmung notwendig sein, da dies schwerlich als Verminderung von Sicherheiten aufgefaßt werden kann [31]). Auf alle Fälle weiß der Ehegatte ja, daß dem verbürgenden Teil diese Möglichkeit im letzten Jahre zusteht. Er könnte, wenn er damit nicht einverstanden wäre, zu Beginn vielleicht nur unter dem Vorbehalt zustim-

[27]) Vgl. Art. 492, Abs. 4; ferner die Ausführungen in § 3, S. 17.

[28]) Vgl. Giovanoli, Art. 492 N. 90; Beck, Art. 492 N. 139. Dispositionsbefugnis räumt das Gesetz den Parteien ein in den Art. 495, Abs. 4; 496, Abs. 2; 497, Abs. 2, zweitletzter Satz, Abs. 4; 499, Abs. 2 und 3; 500, Abs. 1; 501, Abs. 4; 507, Abs. 2 und 4; 512, Abs. 4.

[29]) Jährliche Amortisationsquote 3%, bei grundpfandlich gesicherten Forderungen 1 %. Art. 500, Abs. 1.

[30]) Beck, Art. 494 N. 20.

[31]) Schönenberger, Art. 494 N. 19.

men, daß die Bürgschaft nicht erstreckt werde. Wenn er aber schon bedingungslos für 20 Jahre seine Zustimmung erteilt, so darf sicher angenommen werden, daß er auch mit einer Bürgschaft von längerer Dauer einverstanden gewesen wäre.

Wenn man in diesen Fällen nicht wagt, eine Grenze zu ziehen, so käme man wieder auf den Standpunkt, für jede »erhebliche Erschwerung« die Zustimmung zu verlangen, zu einer Gesetzesauslegung, die der Gesetzgeber nicht haben will, indem er dies ausdrücklich verwarf [32]).

4. Meinungsverschiedenheit herrscht bezüglich der Frage, ob beim *Wechsel des Hauptschuldners* der Bürge nur mit Zustimmung seines Ehegatten sein Einverständnis erklären könne. Schönenberger [33]) verneint es, weil dadurch der Bürgschaftsvertrag nicht betroffen werde. Er stellt diesen Schuldnerwechsel einer objektiven Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners gleich. Giovanoli [34]) ist gegenteiliger Ansicht, weil die Bürgschaft ein von der Person des Schuldners nicht zu trennendes Nebenrecht sei. Diese Auffassung läßt sich sehr wohl begründen:

Die Zustimmung des Ehegatten soll sich auf eine bestimmte Bürgschaft beziehen [35]), denn nur dann hat dieses Recht einen Sinn. Schönenberger hält es für zweckmäßig, die »objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte« in der Zustimmungsurkunde gesondert anzugeben. An anderer Stelle [36]) erklärt er diese Fassung deutlicher. Er meint u. a.: »Wesentlich ist die (direkt oder durch klare Verweisung erfolgende) Nennung des *Schuldners;* dies zur Kenntlichmachung der Hauptschuld und weil seine Person für das Risiko des Bürgen *erhebliche Bedeutung* hat. Daher ist eine Verbürgung »für den jeweiligen Schuldner«, z. B. »für den vom Gläubiger bei künftigem Schuldnerwechsel angenommenen Schuldner ungültig«. Bei der Besprechung des Artikels 178 OR erklärt wieder der Kommentar Oser/Schönenberger [37]), das Gesetz mache bei der Bürgschaft vom Prinzip, daß die Nebenrechte beim Schuldnerwechsel nicht berührt werden, eine Ausnahme mit Rücksicht auf die Natur dieses Rechtsgeschäftes, bei dessen »Eingehung es in hervorragender Weise auf die Person des Schuldners (dessen Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit) ankommt« [38]).

Bei der Eingehung der Bürgschaft wird also betont, daß es überaus wichtig, geradezu *wesentlich* sei, daß der Ehegatte bei der Zustimmung den Schuldner kenne. Nach Abschluß des Vertrages soll es dann belanglos sein, wer diese Stelle einnimmt. Dies wäre ein Widerspruch des Gesetzes. Es bedeutete dies einen Freibrief für eine vom Gesetzgeber sicher nicht gewollte *Gesetzesumgehung.* Wenn man die Zu-

[32]) Siehe unten V 1.
[33]) Schönenberger, Art. 494 N. 19 und N. 23.
[34]) Giovanoli, Art. 493 N. 45; Art. 492 N. 25.
[35]) Schönenberger, Art. 494 N. 30; Giovanoli, Art. 494 N. 5.
[36]) Schönenberger, Art. 493 N. 24.
[37]) Oser/Schönenberger, Art. 178 N. 7.
[38]) Vgl. Einleitung, § 1, S. 2.

stimmung bei der Bürgschaft für einen bestimmten Schuldner nicht erhalten könnte, ließe sich leicht ein vertrauenswürdigerer Schuldner finden; wenn der Ehegatte die Zustimmung erteilt hat, und die Bürgschaft also gültig zustandegekommen ist, würde Schuldübernahme vereinbart, und der Erfolg wäre der, den der Gesetzgeber hatte vermeiden wollen.

Die Annahme Schönenbergers, daß dies einer *objektiven Verschlechterung* gleichkomme, dürfte daher nicht richtig sein. Allerdings wird durch Schuldnerwechsel direkt keine Aenderung des Bürgschaftsvertrages bewirkt, trotzdem wird aber ein Element außer acht gelassen, das beim Abschluß eine »hervorragende«, *wesentliche* Rolle spielt. Es läßt sich die Bürgschaft nicht einfach vom Schuldner trennen.

Es könnte dieser Auffassung der Einwand entgegengehalten werden, daß dieser Fall des nachträglichen Schuldnerwechsels im Gefüge des Artikels 494 keinen Platz habe, da die dortige Aufzählung erschöpfend ist. Hier gilt aber ohne Zweifel der Grundsatz einer *weitherzigen Interpretation,* von der Beck spricht [39]). Der Begriff »Sicherheiten« darf nicht in engem Sinne aufgefaßt werden. Ein Schuldnerwechsel kann für einen Bürgen eine schwere Belastung werden. Bonität und Zahlungswilligkeit des Schuldners sind eben auch Sicherungen von tragender Bedeutung.

Allerdings werden auch in diesem Punkt das entscheidende Wort die Gerichte sprechen. Der Begriff »Sicherheiten« wird sich erst im Laufe einer langjährigen Gerichtspraxis völlig klären.

5. Das Gesetz spricht aber nicht schlechthin von einer Verminderung der Sicherheiten, sondern von einer *erheblichen* Verminderung. Hier kann noch viel weniger eine einheitliche Abgrenzung erfolgen. Was als erheblich zu gelten hat, ist eine Frage des *Ermessens* [40]). Bei Geringfügigkeiten muß der Bürge von seiner Einwilligung sicherlich die Zustimmung des Ehegatetn nicht einholen. Es muß im allgemeinen die Verminderung verglichen werden mit den verbleibenden Sicherheiten. Von Wichtigkeit ist selbstverständlich die Höhe des Haftungsbetrages, entscheidend können sein die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners oder der Mitbürgen, der Wert der Pfänder. Die Entlassung eines wertlosen Pfandes wird kaum als »erhebliche Verminderung von Sicherheiten« aufgefaßt werden können [41]). Eine unbedeutende Freigabe wird unter Umständen, wenn das Pfand sehr groß ist, auch nicht als wesentliche Verminderung gelten. Desgleichen wird die Entlassung eines zahlungsunfähigen Mitbürgen kaum als erhebliche Verminderung be-

[39]) Vgl. oben V 1 und Anm. 21.

[40]) Beck, Art. 494 N. 20; Giovanoli, Art. 494 N. 20; Schönenberger, Art. 494 N. 19 a. E.

[41]) Das Bundesgericht hat in einem Entscheid Befreiung des Bürgen wegen Verminderung der Sicherheit verneint (Verzicht auf Grundpfandrechte ohne Zustimmung des Bürgen), da der Gläubiger nachwies, daß die Pfänder ohnehin keine Deckung geboten hätten. BGE 64 II S. 25 ff.

Wenn bei einem solchen Verzicht der Bürge zustimmen würde, sein Ehegatte aber nicht, so wäre der Verzicht trotzdem gültig, da man hier nicht von einer erheblichen Verminderung sprechen könnte.

trachtet werden können. Kurz, der Richter hat alle persönlichen und sachlichen Umstände bei Beantwortung dieser Frage zu berücksichtigen [42]). Praktisch wird einen Anhaltspunkt stets die Frage bieten können, ob der Ehegatte seine Zustimmung im einzelnen Fall auch ohne diese Sicherheit erteilt hätte oder nicht.

In dieser Frage wird auch eine langjährige Judikatur keine oder nur wenige eindeutige feste Richtlinien vorzeigen können, da die Verhältnisse sich von Fall zu Fall ändern. Es wird darum das abwägende richterliche Ermessen bei jedem einzelnen Vorkommnis die entsprechende Lösung zu suchen haben.

Die Entscheidung, ob die Zustimmung eingeholt werden soll, liegt auch hier letzten Endes beim Gläubiger, denn er trägt die Gefahr, der bürgschaftlichen Sicherung vielleicht verlustig zu gehen. Wenn er glaubt, eine Verminderung könnte erheblich sein, so wird er vorsorglicherweise den Ehegatten des Bürgen um Zustimmung angehen. Der letzte Entscheid liegt aber immer in der Hand des Richters.

6. Wie wirkt sich das Fehlen der Zustimmung bei einer derartigen Sicherheitsminderung aus? Die Lösung kann nicht einheitlich gefunden werden. Fehlt die Zustimmung beim Schuldnerwechsel, so dürfte dies ein Dahinfallen der ganzen Bürgschaftsverpflichtung zur Folge haben, denn die Zustimmung krankt an einem wesentlichen Mangel: sie bezieht sich auf einen falschen Hauptschuldner. Ermangelt die Einwilligung bei der Entlassung von Pfändern oder Mitbürgen, so richtet sich die Wirkung nach andern gesetzlichen Normen: Gestattet sich der Gläubiger eine solche Sicherheitsminderung ohne Einwilligung des Bürgen, so hat dies dessen *gänzliche oder teilweise Befreiung* zur Folge (Art. 497, Abs. 3, 503, Abs. 1). Die gleiche Lösung dürfte auch bei mangelnder Zustimmung des Ehegatten Platz greifen. Die Begründung ist die nämliche. Wenn eine Sicherheit für den Bürgen wesentlich mitbestimmend war, daß er eine Verpflichtung einging, so mag die gleiche Sicherung auch den Ehegatten veranlaßt haben, der Bürgschaft des andern Eheteils zuzustimmen. Wenn diese Sicherung nachträglich entäußert wird, so ist eine wesentliche Zustimmungs-Voraussetzung dahingefallen. Wenn darum der Bürge bei einer Sicherheits-Entlassung durch den Gläubiger Erlöschen seiner Verpflichtung geltend machen kann, weil er eine Bürgschaft ohne die betreffende Sicherheit nie eingegangen wäre, soll auch dem Ehegatten das gleiche Recht zustehen bei einer vertraglichen Sicherungs-Veräußerung des Gläubigers und des Bürgen, da ja auch er einer solchen Bürgschaft seine Zustimmung nie gewährt hätte.

---

[42]) Vgl. Begründung des Antrages der Kommission im NR, Bull. NR, 22. Sept. 1941, S. 214.

§ 9. Zeitliche Erfordernisse der Zustimmung

I. Damit die Zustimmungsvorschrift die von ihr erhofften Wirkungen richtig entfalten könne, war es notwendig, den *Zeitpunkt der Zustimmung* im Gesetze zielbewußt festzulegen. Auch in dieser Frage entspann sich in den vorberatenden Kommissionen eine lebhafte Diskussion.

Zuerst kam die nationalrätliche Kommission vom 7./8. Februar 1941 überein, die nachträgliche Zustimmung als unzulässig auszuschließen [1]). Nach einer nochmaligen Beratung entschloß sie sich aber, von einer derartigen Regelung abzusehen und die »Zustimmung einfach als Gültigkeitserfordernis zu formulieren«. In einer dritten Abstimmung hielt sie an dieser Lösung fest [2]). Im Parlament beschloß der Ständerat aber auf Antrag seiner Kommission, daß die Zustimmung »vorgängig oder spätestens gleichzeitig« erfolgen müsse [3]). Der Nationalrat erklärte sich schließlich nach vorheriger positiver Stellungnahme seiner Kommission mit dieser Lösung einverstanden [4]).

II. Die genaue Umschreibung des zulässigen Zeitpunktes hat ihre tiefere Bedeutung. Der Gesetzgeber sieht in der nachträglichen Zustimmung, in der Genehmigung, eine *psychologische Gefahr*. Wenn der Bürgschaftsvertrag bereits gültig abgeschlossen und nur dessen Wirksamkeit von der Genehmigung abhängig wäre, so ist ein Hauptzweck der Zustimmungsvorschrift nicht erreicht, nämlich der, daß jemand, der sich verbürgen will, zuerst in seinem eigenen Interesse und in demjenigen der Familie über die Tragweite seiner Verpflichtung klar werden und darum mit seinem Gatten beraten soll. Es steht sogar zu befürchten, daß der zustimmungsberechtigte Ehegatte einfach vor ein fait accompli gestellt würde, vor Tatsachen, die »als unzulässiger Druck zur Erlangung der Zustimmung aufgefaßt werden könnten« [5]).

Eine andere Lösung müßte auch die ganze Rechtslage des *Gläubigers* sehr unsicher und untragbar gestalten. Es könnten Bürgschaften abgeschlossen werden ohne Zustimmung des Ehegatten mit der bloßen Zusicherung des Bürgen, daß jener seine Zustimmung erteilen würde. Schließlich ist eine unsichere aber wahrscheinliche Bürgschaft immer noch besser als gar keine. Ein solcher Gläubiger liefe aber immer Gefahr, daß der andere Ehegatte nachträglich doch Nein sagen würde. Die Sicherung seiner Forderung wäre bis zur erfolgten rechtsgültigen Zustimmung immer unbestimmt und fraglich.

III. Die Bedeutung dieser Rechtsvorschrift leuchtet erst ein, wenn sie in ihren praktischen Anwendungen untersucht wird. Wie faßt der Gesetzgeber dieses »vorgängig oder spätestens gleichzeitig« auf? Was ver-

[1]) Kom. NR, (II. Db.), 7./8. Febr. 1941, S. 3.
[2]) Kom. NR, (II. Db.), S. 4.
[3]) Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 137 f.
[4]) Bull. NR, 22. Sept. 1941, S. 213 ff.
[5]) Beck, Art. 494 N. 24; Giovanoli, Art. 494 N. 10; Bull, StR, 11. Juni 1941, S. 138.

steht er hier unter »Bürgschaft«? Ist es die Abgabe der Bürgschaftserklärung, die Unterzeichnung des Bürgscheines, oder will er den Zeitpunkt des Zustandekommens damit festlegen, nämlich den Augenblick, da die Offerte des Bürgen durch den Gläubiger angenommen wird? Die Ansichten sind nicht in allen Punkten übereinstimmend [6]). Es wird wohl gerechtfertigt sein, verschiedene Tatbestände auseinanderzuhalten:

1. Wenn die Bürgschaft *unter Anwesenden* geschlossen wird, so hat der zustimmende Eheteil auf dem Bürgschein oder einer andern Urkunde zu erklären, daß er mit der einzugehenden Bürgschaft einverstanden sei. Und nachher zeichnen die Vertragspartner. Diese Gleichzeitigkeit ist aber nicht rein formell auszulegen [7]). Es genügt, wenn der Ehegatte seine Unterschrift *erst nach derjenigen der Parteien* niederlegt, sofern sie unmittelbar folgt, d. h. sofern keine wesentliche Unterbrechung vorliegt [8]). Gleichzeitigkeit darf also angenommen werden, wenn die Zustimmung erfolgt, »solange die Parteien noch beisammen sind«, wenn die Unterzeichnung der Urkunde durch den Bürgen und die Niederschrift, Unterzeichnung oder Uebergabe der Zustimmungserklärung durch dessen Ehegatten als *einheitliches* Rechtsgeschäft aufgefaßt wird [9]). Dieser unitas actus und damit dem Erfordernis der Gleichzeitigkeit werden die Vertragschließenden und der zustimmungsberechtigte Ehegatte aber nicht gerecht, wenn der Ehegatte bei der Unterzeichnung des Bürgscheins nicht anwesend war und die Zustimmung erst nachträglich erteilte, »selbst wenn die Zustimmung 5 oder 10 Minuten, nachdem die Parteien auseinandergegangen sind, erklärt worden ist« [10]).

   Wenig Schwierigkeiten werden die Bürgschaften bereiten, die *öffentliche Beurkundung* verlangen. Das Erfordernis der Zustimmung besteht zwar hier unverändert auch in zeitlicher Hinsicht. Es genügt nicht etwa, daß die Zustimmungserklärung im Augenblick der öffentlichen Beurkundung gegeben wird, sondern sie ist ebenfalls »vorgängig oder gleichzeitig« mit dem Vertragsabschluß verlangt [11]). Zugleich mit der öffentlichen Beurkundung ist jedoch der Urkundsperson eine *Prüfung* überbunden. Dieser Untersuchung hat der Urkundsbeamte auch die *Zustimmungserklärung des Ehegatten* zu unterziehen, er hat das

[6]) Giovanoli betrachtet als Bürgschaft die Unterzeichnung des Bürgscheins (Art. 494 N. 8); Schönenberger unterscheidet zwischen Vertragsabschluß unter Anwesenden und Abwesenden (Art. 494 N. 25—27).

[7]) Vgl. dieses Erfordernis der Gleichzeitigkeit mit Art. 512 ZGB, wo die Vertragschließenden »*gleichzeitig* dem Beamten ihren Willen zu erklären« haben.

[8]) Vgl. Giovanoli, Art. 494 N. 10; Beck, Art. 494 N. 23; Schönenberger, Art. 494 N. 26.

[9]) Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 139; Schönenberger, Art. 494 N. 26.

[10]) Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 139.

[11]) Es ist notwendig, dies zu betonen, weil *nicht der Vertrag* vor dem Urkundsbeamten geschlossen werden muß; »der Beurkundung bedarf nur die Bürgschafts*erklärung*. Daher kann die Anwesenheit des Gläubigers oder des Hauptschuldners bei der Beurkundung nicht verlangt werden. Auch die Anwesenheit des Ehegatten des Bürgen ist gemäß Art. 494 Abs. 1 nicht notwendig«. Vgl. Kreisschreiben des eidg. Justitz- und Polizeidepartements an die kantonalen Regierungen betr. das Inkrafttreten des neuen Bürgschaftsrechts vom 10. April 1942. Bbl. 94, 1. Mai 1942, Bd. I, S. 284.

»Vorhandensein der im einzelnen Fall vorgängig oder spätestens gleichzeitig abgegebenen schriftlichen Zustimmung« festzustellen[12]). Wenn auch die Existenz der notwendigen Voraussetzungen der Urkundsperson nur »glaubhaft gemacht«[13]) werden muß, so ist durch eine objektive, uninteressierte Prüfung doch einigermaßen Gewähr geboten, daß auf zeitlich mangelhafte Zustimmungserklärungen noch rechtzeitig aufmerksam gemacht wird, und so Bürgschaften vermieden werden können, die wegen zeitlich fehlerhafter Zustimmung später vielleicht angefochten würden.

2. Eine andere Lösung ist gerechtfertigt, wenn der Vertrag *unter Abwesenden geschlossen* wird[14]). Durch Unterzeichnung der Bürgschaftsurkunde verpflichtet sich der Bürge noch nicht. Es besteht hier keine »Einheit des Aktes«. Damit die Wirkungen eintreten können, muß die Urkunde mit Willen des Bürgen dem Gläubiger auch *zugehen*[15]). Da der Bürgschein ja erst in diesem Augenblick seine verpflichtenden Wirkungen entfaltet[16]), so ist damit dem zeitlichen Erfordernis Genüge getan, wenn die Zustimmungserklärung den Gläubiger *mindestens gleichzeitig mit dem Bürgschein* erreicht. Der entscheidende Augenblick ist also der des *Vertragsabschlusses*[17]). Dies widerspricht keineswegs dem rechtlichen Charakter dieses Zustimmungserfordernisses. Da mit der Zustimmung die spezielle Bürgschafts-Geschäftsfähigkeit hergestellt wird, so ist es zweifellos früh genug, wenn der bürgende Ehegatte im Augenblicke, in dem er sich wirklich verpflichtet, bürgschaftsfähig ist. Die Unterzeichnung des Bürgscheins ist für ihn ja noch keineswegs verbindlich.

Diese Lösung widerspricht dem Willen des Gesetzgebers keinesfalls. Auch so erfolgt die Zustimmung nicht nachträglich, es ist dies *keine Genehmigung* eines bereits geschlossenen Vertrages; die vertragliche Bindung kommt ja nur zustande, wenn die Zustimmungserklärung den Gläubiger mindestens gleichzeitig mit dem Bürgschein erreicht. Auch ist hiebei kaum eine Gefahr gegeben, daß der zustimmungsberechtigte Ehegatte vor Tatsachen gestellt würde, »die als unzulässiger Druck zur Erlangung der Zustimmung aufgefaßt werden könnten«[18]).

Eine *andere Lösung,* wie sie Giovanoli vorschlägt[19]), wäre für einen reibungslosen Geschäftsverkehr *unbrauchbar*. Wenn schon die Unterzeichnung des Bürgscheins vorgängiger oder gleichzeitiger Zu-

---

[12]) Vgl. Kreisschreiben, a. a. O.

[13]) Vgl. Kreisschreiben, a. a. O.

[14]) Vgl. Schönenberger, Art. 494 N. 27, während Beck und Giovanoli hier keine Unterscheidung machen.

[15]) Schönenberger, Art. 493 N. 18; der genaue Zeitpunkt für den Eintritt der Wirkungen bestimmt sich nach OR Art. 10.

[16]) Vorher ist noch gar keine Bindung zustande gekommen. Es gilt im Gegenteil die Regel des Art. 9 OR über den freien Widerruf der Offerte (vgl. Schönenberger, Art. 493 N. 18).

[17]) Giovanoli (Art. 494 N. 8) ist anderer Ansicht. Nach ihm ist der entscheidende Zeitpunkt nicht der der Annahme durch den Gläubiger sondern der der Unterzeichnung des Bürgscheins.

[18]) Vgl. oben, Anm. 5.

stimmung bedürfte, so wäre es, bei Vertragsabschluß unter Abwesenden, nahezu *unbeweisbar,* daß die Zustimmung rechtzeitig erfolgt sei. Es könnte jede Bürgschaft angefochten werden mit der bloßen Behauptung, die Zustimmung sei nachträglich erfolgt. Die Bürgschaft würde untauglich, es herrschte bei solchen Verträgen stets eine hemmende Rechtsunsicherheit, und das Ende wäre eine unnötige Häufung von Bürgschaftsprozessen [20]).

3. Die Beweislast liegt nach der allgemeinen Regel von ZGB Art. 4 beim Gläubiger [21]); er hat darum den Nachweis zu leisten, daß die Zustimmung *rechtzeitig* erfolgt sei. Er muß beweisen können, daß beim Vertragsabschluß unter Anwesenden die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts gewahrt worden sei, bei demjenigen unter Abwesenden, daß die Zustimmungserklärung ihn mindestens gleichzeitig mit dem Bürgschein erreicht habe. Obwohl die Datierung vom Gesetze zur Gültigkeit nicht verlangt ist [22]), wird der Gläubiger ihrer schwerlich entraten können, gerade wegen seiner Beweislast.

   Bei den Bürgschaften, die öffentliche Beurkundung verlangen, ist die Möglichkeit, den Beweis zu erbringen, leichter, weil der Urkundsbeamte die Rechtzeitigkeit der Erklärung prüfen mußte, und die öffentliche Urkunde »für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis« erbringt (ZGB Art. 9). Bei den andern Bürgschaften tut der Gläubiger eventuell gut, von sich aus *Beglaubigung* der Zustimmungserklärung zu verlangen, um so möglichen Beweisschwierigkeiten in bezug auf den Zeitpunkt von vorneherein aus dem Wege zu gehen [23]).

IV. Wurden diese zeitlichen Vorschriften nicht innegehalten, ergibt sich die Lösung auch hier eindeutig aus dem Charakter des Zustimmungserfordernisses [24]). Da ohne Zustimmung der bürgende Ehegatte zu diesem Rechtsgeschäft gar nicht fähig ist, kommt *überhaupt kein Vertrag* zustande, nicht etwa nur ein mangelhafter oder gar ein suspensiv bedingter. Das Gesetz sieht *keine nachträgliche Genehmigung* [25]) vor, der heilende Wirkung innewohnte, sondern es weist diese ganz bestimmt zurück. Damit eine solche Bürgschaft doch rechtskräftig zustandekommt, ist notwendig, daß, nachdem nun der Ehegatte zugestimmt, der ganze Vertrag noch einmal neu geschlossen wird [26]).

---

[19]) Vgl. oben, Anm. 17.
[20]) Schönenberger, Art. 494 N. 27.
[21]) Giovanoli, Art. 494 N. 11; Schönenberger, Art. 494 N. 28.
[22]) Schönenberger, Art. 493 N. 33: Oft verlangen die kantonalen Beurkundungsrechte die Datierung als äußerliches Erfordernis. Allgemein ist sie üblich.
[23]) Beck, Art. 494 N. 28.
[24]) Vgl. unten, § 14.
[25]) Anders ist die Lösung des Gesetzes beim urteilsfähigen Bevormundeten. Dieser, obwohl noch nicht handlungsfähig, kann rechtswirksam Verpflichtungen eingehen, sobald der Vormund »zum voraus seine Zustimmung gegeben hat oder *nachträglich das Geschäft genehmigt*«. ZGB Art. 410 Abs. 1.
[26]) Vgl. die gleiche Schlußfolgerung in § 4 III a. E.; § 5 II a. E.; § 6 III a. E.

§ 10. Zustimmungserklärung im Einzelfall

I. Während sich anläßlich der Beratung in den Kommissionen bei der Großzahl der einzelnen rechtlichen Elemente des Art. 494 eine heftige Diskussion entspann, und tiefgehende Meinungsverschiedenheiten ein reifliches Abwägen der Gründe nötig machten, beschlossen sowohl die Kommissionen als auch die Räte mit einer für diesen Artikel seltenen Einmütigkeit, *die Zustimmung für den »einzelnen Fall«* zu verlangen. Die nationalrätliche Kommission schlug nach Beschluß vom 7./8. Februar [1]) den Räten diese Formulierung vor, die auch von beiden Kammern diskussionslos genehmigt wurde [2]).

Der Grund für diese Einhelligkeit ist klar: Der Gesetzgeber will, wenn er die Zustimmung schon als Gültigkeitserfordernis annimmt, diese Vorschrift nicht durch inkonsequente Formulierung des Gesetzes ihrer Wirkung berauben in einer Art und Weise, die praktisch beinahe auf eine Streichung der Vorschrift herauskäme. Die Zustimmungsklausel soll verhindern, daß der eine Eheteil frei und hemmungslos das Schicksal der ehelichen Gemeinschaft und der ganzen Familie grob gefährdet. Rechtsgeschäfte von der ungewissen Tragweite der Bürgschaft sollen nur mit Wissen und Einwilligung des andern Ehegatten geschlossen werden können. Diese Mitbetätigung des Ehepartners ist aber nur sinnvoll, wenn dieser dadurch wirklich Einblick erhält in den Umfang der vertraglichen Bindungen [3]). Viel wichtiger als die Tatsache, *daß* Bürgschaften eingegangen werden, ist die Frage, wie viele Bürgschaften geschlossen werden, *mit welchen Gläubigern, für welche Schuldner, bis zu welchem maximalen Haftungsbetrag* usw. So kann der Ehegatte die mehr oder minder große Gefährlichkeit, die ihm und der Familie durch die Bürgschaftsverpflichtungen drohen, abschätzen. Zu dieser Uebersicht, die ihn bewegt, die Zustimmung zu erteilen oder zu versagen, gelangt er aber nur, wenn *in jedem einzelnen Fall* die Ehegatten gemeinsam beraten, abwägen und beschließen. Die Vorschrift ist nur dann vernünftig, wenn für jede einzelne Verpflichtung der Ehegatte die Einwilligung nachsuchen muß.

II. Der Gesetzgeber hat diese Frage darum nicht offen gelassen oder die Lösung der richterlichen Interpretation anheimgestellt. Der Wortlaut des Gesetzes besagt eindeutig, daß für *jede einzelne Bürgschaft* [4]) die Zustimmung nachgesucht werden muß, negativ, daß eine Generalzustimmung nicht zulässig ist [5]).

[1]) Kom. NR, 7./8. Febr. 1941, (II. Db.), S. 6.
[2]) Bull. NR, 24. März 1941, S. 7 ff.; Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 137 f.
[3]) Beck, Art. 494 N. 26; Giovanoli, Art. 494 N. 7; Schönenberger, Art. 494 N. 24.
[4]) Die gleiche Regel gilt auch in Art. 493 Abs. 5 in bezug auf die Zustimmung des Bürgen zum Schuldnerwechsel. Vgl. Schönenberger, Art. 493 N. 88/9.
[5]) Selbstverständlich ist auch eine ehevertragliche Abrede in diesem Sinn nicht möglich.

Eine allgemeine Zustimmung für alle zukünftigen Bürgschaften käme der Erteilung der speziellen Geschäftsfähigkeit für die Bürgschaft gleich, es wäre eine »bürgschaftliche Mündigkeitserklärung«; die Gesetzesvorschrift wäre dadurch illusorisch, denn gerade diese spezielle Geschäftsfähigkeit will das Gesetz dem Ehegatten aberkennen [6]). Gleich unwirksam wäre auch die Zustimmung für alle Bürgschaftsvertragsabschlüsse *bis zu einem bestimmten Zeitpunkt,* oder die Zustimmung für Verpflichtungen *bis zu einer genau festgelegten Höhe* [7]). Wenn darum ein Ehegatte bis zu einem genau bestimmten Haftungsbetrag seine Zustimmung erteilt, der Bürge sich jedoch auf einen niedrigeren Haftungsbetrag verpflichtet, so kann dieser nicht später seine Verpflichtung erhöhen mit dem Hinweis, daß der neue Haftungsbetrag sich noch im Rahmen der Zustimmung bewege [8]). Die durch Vertrag erhöhte Bürgschaftsverpflichtung ist hinfällig, nicht weil der maximale Haftungsbetrag überschritten ist, sondern weil sich die Zustimmung *nur auf den einzelnen Fall* bezog. Wäre dies zulässig, so könnte eine einmalige Zustimmung zu einem sehr hohen Haftungsbetrag dem Bürgen innerhalb dieser Summe völlige Freiheit gewähren, eine Mehrzahl von Bürgschaften frei zu schließen. Damit wäre die Gefahr nicht gebannt, denn neben dem Höchstbetrag fallen noch andere wesentliche Punkte ins Gewicht, die nicht außer acht gelassen werden dürfen und daher Einzelzustimmung verlangen. So kann z. B. die finanzielle Lage des Hauptschuldners sich in der Zwischenzeit weitgehend verschlimmert haben. Aus dem gleichen Grund ist auch eine Zustimmung *für eine bestimmte Anzahl Bürgschaften* hinfällig [9]).

Die Zustimmung für eine genau bestimmte Bürgschaft *einschließlich eventueller späterer Aenderungen* ist gleichfalls unzulässig [10]). Das wäre wiederum eine allzu leichte Möglichkeit, die Vorschrift zu umgehen. Im Gegenteil, jede Aenderung, die Art. 494, Abs. 3 erfaßt — Erhöhung des Haftungsbetrages, Umwandlung einer einfachen Bürgschaft in eine solidarische und Aenderungen, die eine erhebliche Verminderung von Sicherheiten bedeuten — [11]), bedarf jeweils einzeln dieser Zustimmung.

Diese Vorschrift schließt die Möglichkeit jedoch nicht aus, *gleichzeitig für mehrere* Bürgschaften die Zustimmung zu erteilen, sofern in dieser »Kumulativzustimmung« auf jede einzelne Bürgschaft besonders Bezug genommen wird, oder sofern nachgewiesen werden kann, daß die Zustimmung in Kenntnis der einzelnen Fälle erfolgt sei [12]).

Mißachtung dieser Vorschrift hat *Nichtigkeit* der Bürgschaft zur Folge. Eine General-Zustimmung kommt — da ihr wesentliche Elemente mangeln — einer Nichtzustimmung gleich. Selbst eine einzige kleine Verpflichtung, deren Haftungsbetrag weit unter einer eventuellen Maximal-

[6]) Giovanoli, Art. 494 N. 7.
[7]) Schönenberger, Art. 494 N. 24.
[8]) Dieser Fall unterscheidet sich wesentlich von einer objektiven Erhöhung der Verpflichtung durch Zinsen oder Kosten. Diese wird bis zum angegebenen Höchstbetrag von der Zustimmung erfaßt. Vgl. oben § 8, S. 47 oben.
[9]) Beck, Art. 494 N. 27.
[10]) Schönenberger, Art. 494 N. 24.
[11]) Vgl. § 8, S. 45 ff.
[12]) Bull. NR, 24. März 1941, S. 9; Beck, Art. 494 N. 27.

höhe der General-Zustimmung liegt, wäre nicht rechtsgültig zustande gekommen. Rechtliche Wirkungen könnten erst eintreten, wenn der ganze Vertrag mit vorgängiger, individueller, auf diesen Vertrag sich beziehender Zustimmung nochmals geschlossen würde.

§ 11. Die Schriftlichkeit der Zustimmungserklärung

I. Nicht allein zu Beweiszwecken sondern um das Zustimmungserfordernis in jeder Hinsicht *möglichst wirksam* zu gestalten, sieht das revidierte Bürgschaftsrecht für dieses Gültigkeitserfordernis die schriftliche Form vor. Von den vorberatenden Kommissionen einmal beschlossen, fand diese erschwerende Ausgestaltung der neuen Rechtsvorschrift in den Räten keinen Widerstand. Sie wurde als notwendig erachtet und darum genehmigt[1]). Allerdings schweigen die Protokolle der beiden Kammern von den wichtigen Beratungen, die nötig waren, bevor die Kommissionen mit diesem Vorschlag vor die Räte traten.

Zwar verlangte niemand Formfreiheit für die Zustimmung[2]). Dieser Vorschlag, der die erhofften Wirkungen weitgehend wieder verneint hätte, wäre kaum durchgedrungen. Während aber nach Ansicht der einen einfache Schriftlichkeit genügen mußte, fanden sich doch Vorschläge, die die Form verschärfen wollten. Zwei Anträge — für die Zustimmung die *gleiche Form wie für die Bürgschaft* selbst oder *Beglaubigung* zu verlangen — fanden aber keine Gnade[3]). Die Kommissionen wollten es bei der *einfachen Schriftlichkeit* bewenden lassen.

II. Der klare Text des Gesetzes, der schlechthin von der »schriftlichen Zustimmung« spricht, entspringt also dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, als Form lediglich *einfache Schriftlichkeit* zu verlangen. Während das Gesetz für den *Bürgschafts-Vertragsabschluß* selbst wichtige Abstufungen in der Form vorsieht — bei Bürgschaften natürlicher Personen qualifizierte Schriftlichkeit und öffentliche Beurkundung[4]) — kennt es bei der Zustimmungserklärung *keine unterschiedliche Behandlung*[5]).

1. Bei den Fr. 2000.— übersteigenden Bürgschaften ist die Zustimmungserklärung also gültig ohne *öffentliche Beurkundung*. Zwar hat sich der Urkundsbeamte bei der Prüfung der notwendigen Elemente auch mit der Einwilligung des Ehegatten zu befassen. Es ist dies aber *keine öffentliche Beurkundung der Zustimmungserklärung*. Der einwilligende

---

[1]) Bull. NR, 24. März 1941, S. 7 ff.; Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 137 f.

[2]) Vgl. im ehelichen Güterrecht: Bei der Güterverbindung ist das Erfordernis der *Einwilligung* der Ehefrau zur Verfügung des Mannes über Vermögenswerte des eingebrachten Frauengutes, die nicht in dessen Eigentum übergegangen sind, nicht nur *formlos*, die Einwilligung wird geradezu vermutet (ZGB Art. 202). Und die entsprechende Lösung bei der Gütergemeinschaft in bezug auf die Einwilligung des einen Ehegatten zur Verfügung des andern (ZGB Art. 217). Vgl. unten, § 22/3.

[3]) Kom. NR, 7./8. Febr. 1941 (II. Db.), S. 5/6.

[4]) Vgl. § 3, Geschichtlicher Ueberblick, S. 17.

[5]) Trotz der klaren Formulierung wurde dies auch im Parlament ausdrücklich erwähnt. Vgl. Bull. NR, 24. März 1941, S. 8.

Ehegatte muß bei der Beurkundung nicht zugegen sein[6]). Es genügt, wenn er vorher schriftlich, völlig unabhängig von der nachträglichen Beurkundung der Bürgschaft seine Zustimmung erklärt. Die Urkundsperson hat sich in bezug auf die Erklärung der Einwilligung damit zu begnügen, nur deren *formell richtiges Vorhandensein* zu erwahren, nämlich festzustellen, daß die Zustimmung für den einzelnen Fall, zur richtigen Zeit und in der schriftlichen Form erteilt worden ist[7]). Hingegen unterliegen die *materiellen Voraussetzungen* der Zustimmung, wie z. B. die Handlungsfähigkeit des zustimmenden Ehegatten, *nicht* seiner Prüfungspflicht im Gegensatz zu den Fällen der öffentlichen Beurkundung.

2. Desgleichen sieht das Gesetz für die Zustimmungsabgabe zu größeren Bürgschaften von einer *amtlichen Beglaubigung* der Unterschrift ab[8]). Obwohl man sich von einer solchen Regelung Vorteile versprechen könnte, wollte der Gesetzgeber das ohnehin durch die Revision stark belastete Eingehen von Bürgschaften nicht noch weiter erschweren. Da aber die vom Gesetz aufgestellten Formvorschriften *Mindesterfordernisse* sind[9]), steht es den Parteien jederzeit frei, für die Zustimmungsunterschrift amtliche Beglaubigung zu verlangen. Da die *Beweislast* auch für die formgerechte Zustimmung beim Gläubiger liegt[10]), wird er gut daran tun, seinen Beweis rechtzeitig zu sichern. Willkommenes Mittel hiezu bildet die amtliche Beglaubigung. Es wird sich zweifelsohne eine derartige Praxis entwickeln.

3. Aus dem Gültigkeitserfordernis der »schriftlichen Zustimmung« darf aber auch *nicht* etwa in Analogie zu Art. 493, Abs. 2 für Bürgschaften unter Fr. 2000.— eine *erhöhte Schriftlichkeit* verlangt werden.

   Es ist nicht notwendig, daß der Ehegatte die Zustimmung *auf dem Bürgschein selbst* erteilt. Er kann dies auf irgendeiner andern selbständigen Urkunde, z. B. in einem Brief niederlegen[11]). Wesentlich ist, daß die Zustimmung sich *auf die notwendigen Punkte der Bürgschaft bezieht,* in der Form braucht das jedoch nicht notwendig zum Ausdruck zu gelangen. So ist es für die Gültigkeit belanglos, ob der Ehegatte zur Beipflichtungserklärung die wesentlichen Elemente der Bürgschaft, z. B. die Angabe des Gläubigers oder des maximalen Haftungsbetrages, hinzusetzt. Bei der Zustimmungserklärung auf dem Bürgschein ist dies sowieso unnötig, aber auch bei der Zustimmung auf gesonderter Urkunde besteht hiezu keine Pflicht. Nur muß der

---

[6]) Vgl. Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartements an die kantonalen Regierungen betr. das Inkrafttreten des neuen Bürgschaftsrechts vom 10. April 1942. Bbl. 94, 1. Mai 1942, Bd. I, S. 284.

[7]) Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des erwähnten Kreisschreibens. Vgl. a. a. O., S. 284: Die Urkundsperson hat zu prüfen »das Vorhandensein der im einzelnen Fall vorgängig oder spätestens gleichzeitig abgegebenen schriftlichen Zustimmung des Ehegatten des Bürgen«.

[8]) Ueber einen derartigen Vorschlag bei der Gesetzesberatung, siehe oben I, a. E.

[9]) Schönenberger, Art. 493 N. 44.

[10]) Giovanoli, Art. 494 N. 11; Schönenberger, Art. 494 N. 28. Vor allem schwierig ist die *Rechtzeitigkeit* der Bürgschaft zu beweisen. Vgl. § 9 III 3, S. 57.

[11]) Giovanoli, Art. 494 N. 4; Beck, Art. 494 N. 29; Schönenberger, Art. 494 N. 29 a. E.

Gläubiger wissen, daß er im Anfechtungsfalle für die richtig erteilte Zustimmung beweispflichtig ist. Er muß den Nachweis leisten können, daß sich die Zustimmungserklärung wirklich auf die betr. Bürgschaft bezieht. Für diese Beweissicherung ist es, obwohl vom Gesetze nicht verlangt, doch *zweckmäßig,* das Einverständnis *auf dem Bürgschein selbst* oder, wenn auf selbständiger Urkunde *mit Angabe der »objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte* der betr. Bürgschaft« zu verlangen [12]). Es könnte aber dieser Beweis sehr wohl auch durch Zeugen geleistet werden. Diese Mögchlichkeit wird jedoch kaum eine große Rolle spielen, da dem Zeugenbeweis doch nicht die gleiche Beweiskraft innewohnt wie dem Nachweis durch Urkunden. Obwohl theoretisch nicht verlangt, wird in der Praxis diese qualifizierte Schriftlichkeit zweifellos Uebung werden, wenigstens in den Fällen, in denen keine amtliche Beglaubigung der Unterschrift vereinbart wird.

III. An Stelle von Beurkundung, Beglaubigung oder qualifizierter Schriftlichkeit sieht das Gesetz also lediglich *einfache Schriftlichkeit* vor, d. h. die Unterschrift am Fuß der Erklärung genügt (OR Art. 13, Abs. 1) [13]). Eine Nachbildung der eigenhändigen Schrift (OR Art. 14, Abs. 2) auf mechanischem Wege, z. B. eine Stempelunterschrift, ist keineswegs angängig, da keine derartige Uebung des Verkehrs besteht und sich auch gewiß nicht herausbilden wird. Die Unterschrift des Blinden bedarf zur Rechtsverbindlichkeit auch hier öffentlicher Beglaubigung oder des Nachweises, daß der Blinde »zur Zeit der Unterzeichnung den Inhalt der Urkunde gekannt hat« (OR Art. 14, Abs. 3). Kann der Ehegatte nicht unterschreiben, so genügt ein »beglaubigtes Handzeichen«, oder die Unterschrift wird durch öffentliche Beurkundung ersetzt (OR Art. 15).

Die Lösung, daß für die Zustimmungserklärung des Ehegatten nur einfache Schriftlichkeit verlangt wird, ist insofern sehr glücklich, als dadurch die Wichtigkeit dieser Rechtsvorschrift genügend hervorgehoben, anderseits der Verkehr trotzdem nicht zu sehr gehemmt wird [14]). So ist die Vorschrift einfach zu handhaben, denn ordentlicherweise wird der Bürgschein sowieso dem Bürgen zur Unterzeichnung zugestellt. Hiebei ist es für den Ehegatten sehr leicht möglich, auch seine Unterschrift hinzusetzen. Vorwürfe, die der Zustimmungsvorschrift entgegengehalten werden, sie erschwere das Eingehen von Bürgschaften *selbst in formeller Beziehung* ungebührlich, sind darum von vorneherein gegenstandslos.

IV. Mißachtung der vorgeschriebenen Form zieht *Nichtigkeit* nach sich. Ein Bürgschaftsabschluß auf Grund einer mündlichen Einwilligung mit nachträglicher schriftlicher Bestätigung des Einverständnisses ist nicht rechtswirksam zustandegekommen, weil nur die *»vorgängig oder spätestens gleichzeitig abgegebene schriftliche Zustimmung«* dem bürgenden Ehegatten seine spezielle bürgschaftliche Geschäftsfähigkeit er-

[12]) Schönenberger, Art. 494 N. 30; Beck, Art. 494 N. 29.

[13]) Aeby, Le nouveau droit suisse de cautionnement, Referat an der Versammlung des Freiburgischen Juristenvereins, Juli 1942 (unveröffentlicht); Schönenberger, Art. 494 N. 29; Giovanoli, Art. 494 N. 4.

[14]) Giovanoli, Ausgewählte Fragen aus der Revision des schweiz. Bürgschaftsrechts, ZschwR, N. F. 60, S. 224.

teilt. Nachträgliche Schriftlichkeit heilt also die Bürgschaft nicht, kann sie gar nicht heilen, *weil überhaupt kein Vertrag* zustandegekommen ist.

Ein eventueller »*Vorvertrag*«[15]) zwischen dem Gläubiger und dem zustimmungsberechtigten Ehegatten, in welchem die Einwilligung zugesichert wird, hat nur Gültigkeit, wenn er die *gleiche Form* aufweist wie der eigentliche Vertrag. Er bedarf also ebenfalls der Schriftlichkeit. Wenn schon ein solcher Vertrag eingegangen wird, so verliert er seine Bedeutung als »Vorvertrag«, da die im Vorvertrag zugesicherte Einwilligung in ihren Wirkungen *der eigentlichen Zustimmung gleichkommt*[16]) und daher, weil überflüssig, kaum ein zweites Mal vom Ehegatten verlangt werden wird. Es ist dies also bereits eine gültige Zustimmung.

5. Kapitel: Materielle Erfordernisse der Zustimmung

§ 12. Die ordentlichen Voraussetzungen für Rechtsgeschäfte

Das Gesetz selber schweigt sich aus über die materiellen Grundlagen, deren die Zustimmungserklärung bedarf, um rechtswirksam zu werden. Diese Unterlassung ist begründet, weil sich aus den allgemeinen Regeln des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechtes und aus der eingehenden rechtlichen Gestaltung des Artikel 494 verhältnismäßig leicht die wichtigen Grundsätze ableiten lassen.

I. Der *rechtliche Charakter* der Zustimmungserklärung:

1. Die Zustimmungserklärung ist ein *einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.* Wenn man sie als zweiseitiges Rechtsgeschäft auffassen wollte, könnten als Vertragsgegner des Zustimmungsberechtigten der Gläubiger oder der bürgende Ehegatte in Betracht kommen. Die bei einem Vertrag notwendige doppelte Willensäußerung und die Willensübereinstimmung sind hier aber nicht verlangt. Der Ehegatte desjenigen, der sich durch die Bürgschaft verpflichten will, kann seine Zustimmung geben, ohne daß beim bürgenden Ehegatten ein entsprechender Wille geäußert wird; seine Zustimmung ist wirksam, selbst wenn der Teil, der sich verbürgen möchte, *nicht will,* daß der andere zustimmt[1]). Auch auf Seiten des Gläubigers ist, damit die Zustimmung ihre Wirkungen entfalten kann, weder ein Willensentschluß noch eine Willensäußerung notwendig.
2. Wohl aber ist die Zustimmungserklärung ein *empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.* Als solche gelten Erklärungen, die, um vollendet und wirksam zu sein, »einem andern gegenüber abgegeben werden« müs-

[15]) Von einem eigentlichen Vorvertrag kann hier nicht gesprochen werden, weil ja die vereinbarte Zustimmung kein Vertrag ist sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft. Es werden aber zweifellos in Analogie zum Vorvertrag die gleichen Regeln angewandt. Vgl. unten § 12 I.

[16]) Vgl. oben § 7 II a. E., S. 43 und Anm. 8 daselbst.

[1]) Das schließt nicht aus, daß die Zustimmung doch zum Inhalt eines Vertrages gemacht wird. Nur wird diese vertragliche Verpflichtung, soll sie bindend sein, in Analogie zum Vorvertrag, den gleichen Formerfordernissen gerecht werden müssen wie die Zustimmung selbst (OR Art. 22, Abs. 2).

sen [2]). Wohl besteht die erste Wirkung der Zustimmung darin, daß der bürgende Ehegatte die spezielle Bürgschafts-Geschäftsfähigkeit erhält [3]). Es ist dadurch jedoch nicht allgemein Bürgschafts-Geschäftsfähigkeit begründet, sondern nur für eine bestimmte Bürgschaft [4]). Diese Handlungsfähigkeit im einzelnen Fall ist aber nur dann rechtlich von Bedeutung, wenn der Gläubiger *weiß,* daß sein Vertragsgegner wirklich bürgschaftsfähig ist. Die Zustimmung will die Geschäftsfähigkeit erteilen mit dem Zweck, den Gläubiger in die Möglichkeit zu versetzen, mit einem wirklich geschäftsfähigen Vertragsgegner einen Bürgschaftsvertrag abzuschließen. Die Zustimmung will Geschäftsfähigkeit begründen, damit sie wirklich gebraucht werde, nicht allein eine abstrakte, für sich allein bestehende Geschäftsfähigkeit, die keine Wirkungen erzeugt. Eine gegenteilige Annahme würde die Wirkung der Geschäftsfähigkeit rein theoretisch auffassen.

Der *Empfänger* der Zustimmungserklärung ist letztlich *der Gläubiger* und nicht der bürgende Ehegatte. *Für den Gläubiger* ist es wichtig, zu wissen, daß sein Vertragsgegner wirklich handlungsfähig ist. *Er* ist beweispflichtig [5]), daß die Bürgschaft richtig zustandegekommen ist. Darum muß die Zustimmungserklärung, soll sie ihren letzten Zweck erfüllen, dem Gläubiger als Empfänger zugehen.

Aus der rechtlichen Erkenntnis, daß die Zustimmungserklärung ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, und zwar nicht irgendein Rechtsgeschäft, sondern wesentlich hingeordnet auf eine einzugehende Bürgschaft des andern Ehegatten, sind nun die entsprechenden Schlüsse zu ziehen für die *materiellen Erfordernisse* der Zustimmungserklärung.

II. Die Voraussetzungen sind vorerst *allgemeiner Natur.* Wer die Zustimmung erteilen soll, muß *handlungsfähiger Ehegatte* sein.

1. Erste Grundbedingung ist die *gültig geschlossene Ehe.* Bei Nichtigkeit und Ungültigkeit der Ehe gelten die gleichen Grundsätze, wie sie dargetan wurden bei der Frage, wer zustimmungspflichtig sei [6]). Es ergeben sich hieraus keine Schwierigkeiten. Wo keine Ehe zustandegekommen ist, z. B. bei der Nicht-Ehe, ist die Zustimmung nicht erfordert, wo eine gültige Ehe besteht, ist für den Zustimmungsberechtigten auch immer die notwendige Voraussetzung für die Zustimmungs-Erteilung gegeben. Sofern die Ehe gültig geschlossen ist, hat neben dem handlungsfähigen Ehegatten [7]) niemand die Möglichkeit, eine rechtswirksame Zustimmung zu erteilen.
2. Ueberdies verlangt das Gesetz *Handlungsfähigkeit.* Die Voraussetzungen hiezu sind bekanntermaßen *Urteilsfähigkeit und Mündigkeit* (ZGB

[2]) v. Tuhr/Siegwart, S. 157.
[3]) Vgl. unten § 14.
[4]) Vgl. oben § 10, S. 58 ff.
[5]) Vgl. oben § 9 III 3, S. 57 und Anm. 21.
[6]) Vgl. oben § 4, S. 22 f.
[7]) Zur Frage, ob bei *Handlungsunfähigkeit oder Abwesenheit* der Vormund oder der Beistand die Zustimmung erteilen können, ob also das Zustimmungsrecht ein höchstpersönliches sei oder nicht, vgl. unten § 16.

Art. 13—16). Diesbezüglich gelten die entsprechenden Normen unterschiedslos wie bei andern Rechtsgeschäften [8]). Die Frage, ob bei diesem Rechtsgeschäft *ein besonderer* Grad von Urteilsfähigkeit verlangt sei, kann nicht allgemein beantwortet werden. Die Lösung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Da es sich immer um Verheiratete handelt, ist zugleich mit dem Eheabschluß auch stets die Unmündigkeit infolge mangelnden Alters von selbst aufgehoben (ZGB Art. 14, Abs. 2), nicht aber eine eventuelle Entmündigung aus andern Gründen [9]).

III. In ihrer Wichtigkeit stehen nicht hintan die *speziellen Voraussetzungen:* der *auf eine bestimmte Bürgschaft bezugnehmende Wille* und die *Willensäußerung.*

1. Der konkrete Willensentschluß bedarf als Voraussetzung einer klaren, eindeutigen Erkenntnis der gesamten Tragweite der einzugehenden Verpflichtung. Die verschiedenen Punkte, die von dieser Erkenntnis erfaßt werden müssen, zählt das Gesetz nicht auf. Jedoch gestatten Zweck und Formulierung des Art. 494 diesbezüglich eindeutige Schlüsse [10]).

   Die neue Gesetzesvorschrift will vor allem die Ehefrau [11]) vor unangenehmen Ueberraschungen schützen, die ihr Bürgschaften des Ehemannes bereiten könnten. Sie will, daß Verpflichtungen von einer solch unbestimmbaren Schwere, wie die Bürgschaften sie darstellen, nur eingegangen werden können, wenn auch der nicht-bürgende Ehegatte das mehr oder minder große Risiko genau übersieht und in einer klaren Erkenntnis der vorhandenen Gefahr trotzdem sein Einverständnis erklärt. Um dieses Ziel zu erreichen, verlangt das Gesetz die Zustimmung »im einzelnen Fall« [12]).

   Das Erfordernis der Einzelzustimmung läßt sich jedoch nur sinnvoll in die Zweckverwirklichung des Art. 494 einfügen, wenn es tatsächlich erreichen will, daß der zustimmungsberechtigte Ehegatte sich mit den wesentlichen Punkten des abzuschließenden Vertrages eindeutig auseinandersetzt. Wenn nicht *das* der Sinn der Einzelzustimmung ist, bliebe diese Vorschrift bloße Schikane des Gesetzes gegenüber dem Gläubiger und dem Wirtschaftsverkehr.

   Da aber der Gesetzgeber durch die Vorschrift vom einzelnen Fall die Parteien zwingt, für jeden Vertragsabschluß gesondert die Zustimmung einzuholen, und damit den zustimmungsberechtigten Ehegatten aufmerksam machen will, bei jedem einzelnen Bürgschaftsvertrag die Elemente genau zu untersuchen, stellt sich die Frage, *welche Punkte* jeweils für diesen *entscheidend* sind. Wenn der Ehegatte, von dem die Zustimmung erbeten wird, das Risiko wirklich soll abschätzen können, so muß er Kenntnis erhalten *von allen »objektiv und subjektiv wesentlichen Punkten«* [13]).

[8]) Vgl. v. Thur/Siegwart, S. 196 ff.; Tuor, a. a. O., S. 57 f.
[9]) Tuor, a. a. O., S. 61.
[10]) Schönenberger, Art. 494 N. 30.
[11]) Vgl. oben § 4, S. 21.
[12]) Vgl. oben § 10, S. 58.
[13]) Schönenberger, Art. 494 N. 30; Beck, Art. 494 N. 26; Bull. NR, 24. März 1941, S. 8.

Erste und grundlegende Voraussetzung ist das Wissen des Ehegatten, daß es sich wirklich um eine *Bürgschaft* handelt, um ein Einstehen für eine fremde Schuld als Nebenschuldner in akzessorischer Verpflichtung [14]). Diese Erkenntnis wird für den Ehegatten leicht sein. Wenn der Bürge an seinen Ehepartner gelangt, um die Zustimmung zu erbeten, so wird er ihm eben darlegen, daß er sich verbürgen will. Im übrigen ist dem zustimmungsberechtigten Ehegatten kaum zuzumuten, daß er die juristische Abgrenzung der Bürgschaft von ähnlichen Rechtsgeschäften klar erkennt. Er muß auch keineswegs wissen, daß das Rechtsgeschäft zu dessen Abschluß der andere Ehegatte seine Zustimmung verlangt, Bürgschaft heißt. Es genügt, wenn er die *wesentlichen Grundzüge* der Verpflichtung des andern Eheteils erkennt.

Notwendig ist das Wissen, *für welchen Hauptschuldner* Bürgschaft eingegangen wird [15]), weil dessen Person für die Gefährdung des Bürgen von entscheidender Bedeutung werden kann.

Dagegen ist es *nicht notwendig,* daß der Ehegatte den *Gläubiger,* mit dem die Bürgschaft abgeschlossen wird, genau kennt. Eine Bürgschaft zugunsten des jeweiligen Inhabers der Forderung ist gültig [16]). Wenn daher der Gläubigerwechsel grundsätzlich sogar für den Bürgen selber, als Vertragspartei, belanglos ist, um so eher auch für den zustimmenden Ehegatten.

Notwendig ist hingegen die Kenntnis eventueller *Mitbürgen oder Pfänder* [17]). Die Tatsache, daß neben dem Bürgen noch andere Sicherheiten persönlicher oder dinglicher Natur für die gleiche Schuld haften, kann für die Zustimmung entscheidend sein. Wichtiger als das Wissen, *daß* solche Mitverhaftete da sind, ist die Frage, *wer* das ist. Hingegen schadet dies dem Vertragsabschluß nichts, wenn der zustimmende Ehegatte *nicht weiß,* daß Mitbürgen vorhanden sind und darum die Einwilligung dem Ehegatten, als dem vermeintlichen Alleinbürgen, erteilt. Die Tatsache, daß daneben noch Mitbürgen da sind, erhöht ja die Haftung und damit das Risiko nicht, im Gegenteil, sie vermindert es.

Unumgänglich erforderlich ist ferner der Einblick in die *maximale Höhe des Haftungsbetrages* [18]). Nur so kann in quantitativer Beziehung die oberste Grenze des Risikos erkannt werden.

Der zustimmende Ehegatte soll auch wissen, ob es sich um eine *einfache oder solidarische Bürgschaft* handelt [19]).

Daneben ist von Fall zu Fall zu entscheiden, ob durch Parteiabrede Vereinbarungen getroffen wurden, die die Bürgenverpflichtung erheblich belasten und daher für die Erteilung der Zustimmung von entscheidendem Einfluß sind.

[14]) Schönenberger, Art. 493 N. 23.
[15]) Beck, Art. 494 N. 26; Schönenberger, Art. 493 N. 24.
[16]) Schönenberger, Art. 492 N. 28 Abs. 2.
[17]) Beck, Art. 494 N. 26.
[18]) Beck, Art. 494 N. 26; Giovanoli, Art. 494 N. 5; Schönenberger, Art. 493 N. 25.
[19]) Beck, Art. 494 N. 26; Schönenberger, Art. 493 N. 29.

2. Der bestimmte Wille allein genügt auch hier nicht zur Entfaltung der entsprechenden Wirkungen; »der Kern des Rechtsgeschäftes ist die *Willensäußerung* der Parteien«[20]). Erst dadurch wird die Zustimmung rechtswirksam. Es genügt daher nicht, daß nur der Wille sämtliche wesentliche Punkte erfaßt, auch die *Zustimmungserklärung* muß sich in klarer, unmißverständlicher Weise auf eine bestimmte, rechtsgenügliche Bürgschaft beziehen[21]). Eine besondere Form, die die Parteien — neben der gesetzlich vorgeschriebenen einfachen Schriftlichkeit — aus Beweisrücksichten oft anwenden[22]), ist nicht verlangt, es muß lediglich »aus der Zustimmungs*erklärung* zweifelsfrei hervorgehen, daß der zustimmende Ehegatte Kenntnis hatte *von allen wesentlichen Bestimmungen der Bürgschaft*«[23]).

In einem Punkt darf wohl mit Giovanoli[24]) eine etwas *abweichende Auffassung* vertreten werden. Lautet die Zustimmungs*erklärung* auf eine bestimmte Bürgschaft, ohne genau anzugeben, ob darunter eine einfache oder solidarische Bürgschaft gemeint sei, so darf nach der Verkehrsauffassung angenommen werden, die Zustimmungserklärung gelte für eine Solidarbürgschaft. Obwohl bei der solidarischen Verpflichtung die Haftung schärfer ist, und obwohl für eine solche Bürgschaft das Gesetz sogar besondere Formvorschriften aufstellt[25]), ist sie im Verkehr *die übliche,* die einfache Bürgschaft eher die Ausnahme[26]). Es muß daher der zustimmende Ehegatte seine Erklärung so gegen sich gelten lassen, wie sie der Gläubiger in guten Treuen auffassen konnte und durfte.

§ 13. Fehlerhafte Voraussetzungen: Willensmängel und ihre Bedeutung[1])

I. Da das Bürgschaftsrecht über die materiellen Voraussetzungen des Zustimmungserfordernisses sich ausschweigt, löst es auch nicht die Probleme, die durch Mängel in der Zustimmung aufgeworfen werden. Aber gleich wie sich dort die entsprechenden Regeln aus den allgemeinen Normen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts schöpfen lassen, bietet auch hier das Obligationenrecht mit seiner Lehre von den Mängeln des Vertragsabschlusses (Art. 23 ff.) die nötige Abklärung. Obwohl die Zustimmungserteilung kein Vertrag sondern ein einseitiges

[20]) v. Thur/Siegwart, S. 147.
[21]) Giovanoli, Art. 494 N. 5; Schönenberger, Art 494 N. 30.
[22]) Vgl. oben § 11, S. 60.
[23]) Bull. NR, 24. März 1941, S. 8.
[24]) Giovanoli, Art. 494 N. 6.
[25]) Vgl. § 3, S. 17.
[26]) Giovanoli, Art. 494 N. 6; Schönenberger, Art. 492 N. 70.

[1]) Mit der Behandlung der Willensmängel werden nicht alle Fehler erfaßt, an denen die Zustimmung leiden kann. Es werden damit nur die Unregelmäßigkeiten betrachtet, die das einzelne Rechtsgeschäft in seiner Gültigkeit behindern wegen eines Mangels in den speziellen Voraussetzungen. Die Fälle jedoch, wo wegen mangelnder allgemeiner Voraussetzungen überhaupt keine Zustimmung zustande kommen kann, werden an anderer Stelle beleuchtet, (Vgl. § 16) da dies dem *Fehlen* der Zustimmung gleichkommt.

Rechtsgeschäft ist, läßt sich diese gesetzliche Ordnung des Vertragsrechts auch hier anwenden, denn sie berührt im Vertrag nicht die Willens*übereinstimmung* sondern die einzelne Willens*äußerung*[2]).

Die Mängel, die in Betracht kommen, sind daher folgende: Irrtum, absichtliche Täuschung und Furchterregung.

II. *Irrtum:* Da der zustimmende Ehegatte über die einzugehende Bürgschaft genau gleich im klaren sein muß wie der bürgende Eheteil als Vertragsgegner, so gelten für ihn auch dieselben Irrtumsmöglichkeiten. Auch für ihn ist nur *wesentlicher Irrtum relevant* (OR Art. 23). Der Irrtum muß für die Zustimmung *kausal* sein. Alle Fälle, die für den Vertragsgegner einen wesentlichen Irrtum begründen können, vermögen dasselbe auch für den zustimmungsberechtigten Ehegatten.

1. Selbstverständlich fällt in Betracht der *Erklärungsirrtum*[3]). Es kann jemand zur Bürgschaft seines Ehegatten die schriftliche Zustimmung erklären, obwohl er das gar nicht will, z. B. wenn einem Geschäftsmann der Bürgschein unterschoben wird, während er seine Geschäfts-Korrespondenz unterzeichnet. Dieser Erklärungsirrtum gilt zweifellos als *wesentlicher Irrtum.* —

   Wichtiger sind aber die Fälle des Artikels 24 OR:

2. Artikel 24 OR erklärt in Ziffer 1 den Irrtum als wesentlich, »wenn der Irrende *einen andern Vertrag eingehen wollte* als denjenigen, für den er seine Zustimmung erklärt hat«. Wenn der Zustimmende daher glaubte, einer kumulativen Schuldübernahme oder der Eingehung einer Solidarschuld seine Einwilligung zu erteilen — obwohl bei diesen und ähnlichen Rechtsgeschäften[4]) keine Zustimmungspflicht besteht —, so kann er Irrtum geltend machen.

   Dies dürfte auch dann angängig sein, wenn der Einwilligende beabsichtigt, nur für eine einfache Bürgschaft seine Zustimmung zu erteilen, diese aber auf eine solidarische bezogen wird. Es ist zwar beides eine Bürgschaft, die Haftung bei der letzteren aber so bedeutend erschwert, daß sie zweifellos als wesentlich verschieden von der einfachen Bürgschaft aufgefaßt werden kann. Es greift hier dann aber die Regel von OR Art. 25, Abs. 2 ein, wonach der irrende Ehegatte die Zustimmung wenigstens als für die einfache Bürgschaft erteilt belassen muß, sofern der Gläubiger des bürgenden Ehegatten sich hiezu bereit erklärt[5]).

3. Wesentlich ist der Irrtum, wenn der Wille des Irrenden, »wo der Vertrag mit Rücksicht auf eine bestimmte Person abgeschlossen wurde, *auf eine andere Person gerichtet* war, als er erklärt hat«. Nach der einen Ansicht[6]) spricht hier das Gesetz nur vom Irrtum über den Ge-

---

[2]) v. Tuhr/Siegwart, S. 267/8.
[3]) v. Tuhr/Siegwart, S. 270 f.; Guhl, OR, S. 67.
[4]) Vgl. unten § 15, Umgehung der Bürgschaft.
[5]) Giovanoli, Art. 494 N. 6.
[6]) Becker (2. Auflage), Art. 24 N. 12; bei Art. 492 N. 63 betrachtet aber auch Giovanoli, der für den Kommentar Becker das neue Bürgschaftsrecht behandelt, den Irrtum in bezug auf den Hauptschuldner als wesentlichen Irrtum, ohne den rechtlichen Charakter dieses Irrtums näher zu berühren. — v. Tuhr/Siegwart faßt

genkontrahenten, während nach anderer Auffassung [7]) nicht erfordert ist, »daß es gerade die Person des Gegenkontrahenten sei«. Dem Irrtum über die Person des Gläubigers fehlt bei der Bürgschaft normalerweise die Rechtserheblichkeit [8]), hingegen ist der Irrtum in bezug auf einen Nicht-Kontrahenten, auf den Hauptschuldner, fast ausschließlich ein wesentlicher [9]). Dies gilt analog für den zustimmungsberechtigten Ehegatten. Wenn er in einem dieser Punkte falsch orientiert war, so kann er sich bei der Anfechtung auf diesen Irrtum stützen.

4. Weiter betrachtet Artikel 24 in Ziffer 3 den Irrtum als wesentlich, »wenn der Irrende eine *Leistung von erheblich größerem Umfange versprochen hat* ... als es sein Wille war«. Auf die Bürgschaft angewandt, will das besagen, daß ein Irrtum über den vereinbarten Haftungsbetrag, über den Leistungsgegenstand vorliegt. Beim Bürgen wird dieser Irrtum selten eintreten, da der Gegenstand immer in Geld besteht [10]) und dazu die neuen scharfen Formvorschriften [11]) einen solchen Irrtum weitgehend vermeiden helfen. Größer ist diese Irrtums-Möglichkeit aber bei der Kenntnisnahme durch den zustimmungsberechtigten Ehegatten.

   Obwohl eine nachträgliche Erhöhung des Haftungsbetrages schon in *ganz geringem Maße* ohne Zustimmung des Ehegatten ungültig ist, darf dies nicht entsprechend auf den Irrtumsfall angewendet werden. Bei einer nachträglichen Erhöhung fehlt dem bürgenden Ehegatten die Geschäftsfähigkeit hiezu, wenn sie nicht ausdrücklich durch neue Zustimmung erteilt wurde, während im Irrtumsfall der zustimmungsberechtigte Ehegatte für den abgeschlossenen Vertrag ausdrücklich seine Einwilligung erklärt hat, wenn auch in falscher Vorstellung über den Umfang des Rechtsgeschäftes, dem er beigepflichtet. Es wäre daher kaum gerechtfertigt, schon jede kleine Unstimmigkeit als wesentlichen Irrtum zu betrachten. Es muß sich auch hier um eine *erhebliche Differenz* handeln. Die Feststellung, wann diese Erheblichkeit vorhanden ist, hängt ab vom einzelnen Fall und gehört in das Tätigkeitsgebiet des Richters.

5. Schließlich gilt als wesentlich der Irrtum, welcher »einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige *Grundlage des Vertrages* betrachtet wurde« (OR Art. 24, Ziff. 4) [12]). Dies betrifft nicht die unzutreffenden Motive des zustimmenden Ehegatten [13]). Von dieser Gesetzes-

---

den Irrtum des Bürgen über die Person des Hauptschuldners auf als *error in negotio*, nicht als error in persona, S. 273, Anm. 18.

[7]) Oser/Schönenberger, Art. 24 N. 26.

[8]) Schönenberger, Art. 492 N. 87.

[9]) Giovanoli, Art. 492 N. 63; Schönenberger, Art. 492 N. 87. Ausnahmen vgl. Giovanoli, Art. 492 N. 63.

[10]) Schönenberger, Art. 492 N. 15.

[11]) Vgl. oben § 3, S. 17; bei Bürgschaften unter Fr. 2000.— eigenhändige Angabe des maximalen Haftungsbetrages.

[12]) Vgl. v. Tuhr/Siegwart, S. 275 ff.

[13]) Schönenberger, Art. 492 N. 87; Abgrenzung des Motivirrtums vom Grundlagenirrtum vgl. v. Tuhr/Siegwart, S. 278 ff.

bestimmung wird weitgehend der Irrtum über Eigenschaften von am Vertrag beteiligten Personen erfaßt [14]). Es kann aber auch etwas notwendige Vertragsgrundlage sein, das ferner liegt, »falls die Kausalität nur der Gegenpartei zum Bewußtsein kam« [15]). Diese Grundlagen fallen aber nur dann ins Gewicht, wenn sie für den Vertragsabschluß ausschlaggebend sind, wenn man die Frage, ob der Ehegatte seine Zustimmung bei Kenntnis des ganzen Sachverhalts gegeben hätte, mit einem Nein beantworten muß. Für die Lösung dieser Frage ist nach der Meinung des Irrenden selbst und nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zu entscheiden [16]). Diese allgemeinen Grundsätze sind auch hier wegleitend. Es muß von Fall zu Fall abgeklärt werden, ob gewisse Eigenschaften des Gläubigers oder Hauptschuldners oder bestimmte Tatsachen die Zustimmung des Ehegatten kausal bedingten und nach allgemeiner Verkehrsauffassung bedingen mußten. Wenn ja, so liegt beim Fehlen solcher Voraussetzungen wesentlicher Irrtum vor.

In Betracht können kommen: bei den *Eigenschaften des Hauptschuldners* z. B. seine finanziellen Verhältnisse [17]) und seine Kreditwürdigkeit [18]); als *andere* mögliche *wesentliche Vertragsgrundlagen* verdienen Erwähnung das Vorhandensein und die Kreditfähigkeit von Mitbürgen, die Existenz, künftige Bestellung oder der Wert anderer Sicherheiten [19]), z. B. von Grundpfändern. Es gilt aber auch hier der Grundsatz von Art. 25, Abs. 2: Läßt der Gläubiger den Vertrag so gelten, wie ihn der zustimmende Ehegatte aufgefaßt, so kann dieser nicht den Vertrag im Ganzen anfechten, sondern seine Zustimmung bleibt gegeben für die Differenz, die auch im Falle von Mitbürgschaft oder Pfandsicherung ungedeckt geblieben wäre [20]).

6. Im übrigen gelten die andern gesetzlichen Bestimmungen über den Irrtum: Artikel 25, Abs. 1, daß die Berufung auf den Irrtum *unstatthaft* ist, »wenn sie Treu und Glauben widerspricht«; ferner, wie soeben erwähnt, Art. 25, Abs. 2; sodann Art. 26, wonach der Irrende das negative Vertragsinteresse zu ersetzen hat, sofern er den Irrtum selber verschuldet hat.

---

[14]) Es ist jedoch nicht der Irrtum über die Identität wie in 3., vgl. den Unterschied bei Oser/Schönenberger, Art. 24 N. 39.

[15]) Oser/Schönenberger, Art. 24 N. 46.

[16]) Oser/Schönenberger, Art. 24 N. 43—45; v. Tuhr/Siegwart, S. 276 oben.

[17]) Schönenberger, Art. 492 N. 87; während Oser/Schönenberger (Art. 24 N. 46), Becker (2. Aufl.) (Art. 24 N. 25), Fick (Der wesentliche Irrtum im revidierten schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1915, S. 41) den Irrtum über die Zahlungsfähigkeit als wesentlich betrachten, sind v. Tuhr/Siegwart (S. 277/8) der Ansicht, daß Zahlungsunfähigkeit nicht genüge. Notwendig ist nach ihnen fruchtlose Pfändung.

[18]) Schönenberger (Art. 492 N. 87) betrachtet den Irrtum über die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners im Rahmen von Art. 24 Ziff. 4 für den Bürgen (und nach Art. 494 N. 31) auch für den zustimmenden Ehegatten als wesentlichen Irrtum. Anderer Ansicht: v. Tuhr/Siegwart, S. 277, Anm. 42), weil es des Bürgen und nicht des Gläubigers Sache ist, sich nach der Kreditwürdigkeit des Schuldners zu erkundigen.

[19]) Schönenberger, Art. 492 N. 87, ebenfalls nur im Rahmen von Art. 24 Ziff. 4 (vgl. Anm. 17).

[20]) Analog zur Lösung für den irrenden Bürgen; Schönenberger, Art. 492 N. 87.

Selbstverschuldeter Irrtum liegt zweifelsohne vor, wenn der Ehegatte einer Bürgschaft zustimmt, ohne vorher die vorgelegte Urkunde zu lesen oder sich anderweitig über die Grundlagen der Bürgschaft zu erkundigen. Die Ansicht, daß in einem solchen Fall Irrtum überhaupt nicht geltend gemacht werden kann [21]), dürfte zu einseitig sein, denn auch dann noch ist es möglich, daß wesentlicher Irrtum vorliegt, wenn sich in der Urkunde Bestimmungen finden, mit denen der Bürge oder analog der einwilligende Ehegatte »nach der ganzen Sachlage nicht zu rechnen brauchte« [22]). In den andern Fällen allerdings, wo in der Urkunde nichts Abwegiges angeführt ist, und wo man annehmen durfte, »daß er mit dem Inhalt der Urkunde, auch ohne sie im einzelnen zu kennen, einverstanden war« [23]), wäre es nicht angängig, Irrtum geltend zu machen.

Die Bestimmung des *Schadenersatzes* im Falle, wo der selbstverschuldete Irrtum doch geltend gemacht werden kann, obliegt auch hier dem Richter. Eingeklagt werden kann das negative Vertragsinteresse [24]). Dieses kann allerdings in manchen Fällen wertmäßig dem positiven Vertragsinteresse gleichkommen. Der Richter kann dem Klagenden aber noch Ersatz für weiteren Schaden zusprechen (Art. 26, Abs. 2).

III. Auch der zweite Willensmangel, den das Obligationenrecht anführt, die *absichtliche Täuschung* (Art. 28) kann auf die Zustimmung des Ehegatten angewendet werden. In diesem Fall genügt auch ein unwesentlicher Irrtum.

1. Nach Art. 28, Abs. 1 ist es notwendig, daß der Vertragschließende durch absichtliche Täuschung »*seitens des andern*« zum Vertragsabschluß verleitet wurde. Täuschung durch einen Dritten genügt also nicht.

   Da es sich hier aber um ein *einseitiges Rechtsgeschäft* [25]) handelt, stellt sich die Frage, durch wen die Täuschung verursacht werden muß, damit sie ein Anfechtungsrecht begründet. Die Zustimmung des Ehegatten als einseitiges Rechtsgeschäft ist *empfangsbedürftig* [26]). Beim Vertrag ist dieser »Andere«, durch den die Täuschung verursacht worden, der Vertragsgegner. Diese Lösung ist nun entsprechend zu übertragen auf die einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte [27]). Die Täuschung muß also logischerweise vom Erklärungsempfänger, vom Adressaten ausgehen. Dies ist der Gläubiger. Die Täuschung des Ehegatten, der bürgen will, oder diejenige des Hauptschuldners werden als Täuschungen von dritter Seite gewertet, sie sind daher nur dann von Belang, wenn der Erklärungsempfänger, der »Andere« diese Täuschung beim Vertragsabschluß kennt oder hätte kennen sollen (Art. 28, Abs. 2). Soweit aber der Gläubiger den bür-

[21]) Vertreten durch Beck, Art. 494 N. 26 und Schönenberger, Art. 494 N. 31; anderer Ansicht Vodoz, Bühler, Kom. NR (II. Db.) 7./8. Febr. 1941, S. 2; Huber, Bull. NR, 24. März 1941, S. 8.
[22]) v. Tuhr/Siegwart, S. 271; desgleichen Oser/Schönenberger, Art. 26 N. 3.
[23]) v. Tuhr/Siegwart, S. 271.
[24]) Oser/Schönenberger, Art. 26 N. 10 ff.; v. Tuhr/Siegwart, S. 281 ff.
[25]) Vgl. oben § 12 I 1, S. 63.
[26]) Vgl. oben § 12 I 2, S. 63 f.
[27]) v. Tuhr/Siegwart, S. 287/8.

genden Ehegatten zur Entgegennahme der Zustimmungserklärung ermächtigt — und dies wird nicht selten zutreffen —, haftet er für die absichtliche Täuschung des Ehegatten, als seines Stellvertreters, persönlich [28]). Es wird somit auch häufig die absichtliche Täuschung des einen Ehegatten gegen den andern von Belang sein.

2. Natürlich müssen bei der absichtlichen Täuschung des Ehegatten *sämtliche gesetzliche Erfordernisse* vorhanden sein, damit sie einen Anfechtungsgrund bildet: Die Täuschung muß absichtlich sein, d. h. der Täuschende muß wissen, daß die Vorstellungen, die er im andern begründet, falsch sind; er muß annehmen, daß der andere die behaupteten Tatsachen als wahr betrachtet; er muß die Täuschung zum Zwecke begangen haben, den andern zur Zustimmung zu verleiten [29]). Die Täuschung muß ferner kausal sein, d. h. sie muß den Ehegatten veranlaßt haben, seine Einwilligung zu erteilen [30]). Verlangt ist schließlich Rechtswidrigkeit der Täuschung [31]).

IV. Die Zustimmung zu einer Bürgschaft leidet als ordentliches Rechtsgeschäft an einem erheblichen Mangel, wenn sie durch Drohung, *durch Erregung gegründeter Furcht* dem Zustimmungsberechtigten erpreßt wurde (Art. 29/30 OR).

Auch bezüglich dieses Willensmangels gelten die gewöhnlichen gesetzlichen Grundsätze: Obwohl gezwungen, hat der Ehegatte seine Einwilligung doch gewollt abgegeben. Die Folge ist daher auch hier statt Nichtigkeit nur *Anfechtbarkeit* der Zustimmungserklärung [32]). Die Furchterregung muß gerade dem Zweck gedient haben, dem Berechtigten die Zustimmung zu entreißen [33]).

Die Drohung kann sich gegen ihn oder eine nahe verbundene Person richten. Die in Art. 30 angeführte Aufzählung der bedrohten Güter: Leib, Leben, Ehre, Vermögen ist nicht erschöpfend [34]). Vor allem hier ist denkbar, daß der zustimmungsbedürftige Ehegatte mit dem Bruch des ehelichen Friedens und mit Zerrüttung der Familien-Gemeinschaft droht. Da die neue Rechtsvorschrift gerade darauf ausgeht, den Familienfrieden zu schützen, dadurch, daß unglückliche und ungesunde Bürgschaften unterbunden werden sollen, so darf das Glück der Familie sicher in die Reihe der Güter aufgenommen werden, deren Bedrohung Unverbindlichkeit der Zustimmungserklärung zur Folge hat.

---

[28]) Dieser Fall deckt sich mit demjenigen, wo der Gläubiger gegenüber dem Bürgen — oder nun auch gegenüber dessen Ehegatten — für absichtliche Täuschung des Hauptschuldners wie für eigene absichtliche Täuschung haftet, wenn dieser für ihn als Stellvertreter beim Vertragsabschluß tätig gewesen. Giovanoli, Art. 492 N. 65/6; Schönenberger, Art. 492 N. 88; Blätter für Zürcherische Rechtssprechung, 34, Zürich, 1935, Nr. 187.

[29]) v. Tuhr/Siegwart, S. 284 f.

[30]) Oser/Schönenberger, Art. 28 N. 10; v. Tuhr/Siegwart, S. 286; Becker, Art. 28 N. 11.

[31]) Beck, Art. 492 N. 62; Oser/Schönenberger, Art. 28 N. 5 ff.

[32]) Oser/Schönenberger, Art. 29 N. 1; v. Tuhr/Siegwart, S. 288.

[33]) Oser/Schönenberger, Art. 29 N. 9/10; v. Tuhr/Siegwart, S. 288/9.

[34]) Becker, Art. 30 N. 2; Oser/Schönenberger, Art. 30 N. 3; v. Tuhr/Siegwart, S. 289.

Die Drohung muß — soll sie Anfechtbarkeit begründen — »gegründete Furcht« erzeugen [35]), sie muß ferner rechtswidrig [36]) und kausal [37]) sein. Auch ist es belanglos, von wem die Drohung ausgeht [38]). Sofern die andern Voraussetzungen erfüllt sind, bewirkt die Drohung *jeder Person* Unverbindlichkeit. Hingegen wird für das Abwägen der Schwere und Erheblichkeit der Furchterregung die Person dem Richter wichtige, unerläßliche Anhaltspunkte bieten:

Kommt die Drohung von außen, nicht vom bürgenden Ehegatten, so ist nach den gewöhnlichen Grundsätzen die Schwere der Drohung zu bestimmen. Alles, was in diesem Fall geeignet ist, im bürgenden Teil selber gegründete Furcht zu erwecken [39]), darf auch beim zustimmenden Ehegatten als wesentlich angesehen werden. — Ein strengerer richterlicher Maßstab dürfte wohl angewandt werden, wenn es sich um eine Drohung unter Ehegatten selber, z. B. um eine Drohung des Ehemannes gegenüber der Frau handelt. Gerade aus Liebe zum häuslichen Frieden kann die Ehegattin durch Drohungen seitens des Mannes viel leichter zur Zustimmung bewegt werden als durch Furchterregung von dritter Seite. Auch dürfte das Gut, das hier auf dem Spiel steht, nämlich Friede und Glück der Familie einen strengeren Maßstab eher rechtfertigen als z. B. rein ökonomische Interessen.

V. Die Wirkung der Willensmängel: Irrtum, absichtliche Täuschung und gegründete Furcht ist bei der Zustimmung des Ehegatten — da der Gesetzgeber in Art. 494 sich darüber nicht äußert — ebenfalls *die ordentliche:* die Zustimmung ist unverbindlich, anfechtbar.

1. Die Lösung ist dementsprechend die des Artikels 31 OR: Innert Jahresfrist nach Entdeckung des Irrtums oder der absichtlichen Täuschung oder nach Beseitigung der Furcht hat der zustimmende Ehegatte dem Gläubiger, als dem Interessierten, zu eröffnen, daß seine Zustimmung nicht rechtmäßig zustande gekommen sei, daß er sie und damit den Bürgschaftsvertrag anfechte. Tut er dies nicht, so gilt die Zustimmung als gegeben, und mit Ablauf des Jahres heilt damit auch der auf Grund der Zustimmung geschlossene Vertrag.

   Eine Sonderstellung nimmt der Vertrag ein, der auf Grund einer Zustimmung, die der eine Ehegatte durch Drohung dem andern abgenötigt, geschlossen wurde. Da während der Ehe die Quelle der Furcht immerzu gegeben ist, und da der zustimmungsberechtigte Eheteil solange also kaum die Anfechtung wagen darf, wird sie in diesem Fall öfters unterbleiben. Bei Bürgschaften, die den Tod des bürgenden Ehegatten überdauern, hat der Zustimmungsberechtigte allerdings die

[35]) Becker, Art. 30 N. 2; Oser/Schönenberger, Art. 30 N. 2 ff.; v. Tuhr/Siegwart, S. 289.

[36]) Becker, Art. 29 N. 3 ff.; Oser/Schönenberger, Art. 29 N. 14 ff.; v. Tuhr/Siegwart, S. 289/90.

[37]) Becker, Art. 29 N. 7; Oser/Schönenberger, Art. 29 N. 22; v. Tuhr/Siegwart, S. 291.

[38]) Oser/Schönenberger, Art. 29 N. 4 ff.; v. Tuhr/Siegwart, S. 291.

[39]) Beck, Art. 492 N. 66 ff.; Schönenberger, Art. 492 N. 89; Reichel, Zum Bürgschaftsrecht VII: Widerrechtliche Drohung, SJZ 29, 1932/3, S. 3 ff.

Möglichkeit, während eines Jahres nach dessen Hinschied — erst damit hört ja die gegründete Furcht auf — sie anzufechten.

2. Solange die Bürgschaft auf Grund der erteilten Zustimmung nicht geschlossen wurde, hat der zustimmungsberechtigte Ehegatte noch eine andere Möglichkeit: er kann seine Zustimmung *widerrufen*. Da für den *Zustimmungsberechtigten* keinerlei Möglichkeit besteht, die Einwilligung zu erzwingen[40]), da er also keinen rechtlichen Anspruch auf Zustimmung durchsetzen kann, sondern die Entscheidung, die Einwilligung zu erteilen oder zu verweigern, ganz in der Macht des Zustimmungsberechtigten liegt, kann dieser eine erteilte Zustimmung, solange davon kein Gebrauch gemacht wurde, wieder entziehen. Solange der Zustimmungspflichtige noch nicht im Besitze der schriftlichen Einwilligungserklärung ist, vollzieht sich dieser Widerruf äußerlich einfach in der Vernichtung der Urkunde. Ist der andere Teil aber bereits Besitzer der Urkunde, so ist zweifelsohne notwendig, daß ihm der Widerruf, soll er wirksam werden, vorerst zugehen muß. Aus Beweisrücksichten wird der Widerrufende gut daran tun, auch den Widerruf schriftlich vorzunehmen und eventuell amtlich beglaubigen zu lassen.

VI. Der Abklärung harrt noch die Frage, wer zur Anfechtung *aktiv legitimiert* ist.

1. Zweifelsohne ist der Ehegatte, dem die Einwilligung widerrechtlich entrissen wurde, in erster Linie zur Anfechtung berechtigt. Ist die Ehefrau die Betroffene, so steht auch ihr das *freie Anfechtungsrecht* zu. Das eheliche Güterrecht macht die Anfechtung der Zustimmung nicht etwa von der Genehmigung des verbürgenden Ehegatten abhängig. ZGB Art. 168, der die Prozeßfähigkeit der Ehefrau festhält, gilt uneingeschränkt auch hier.

   Da diese Vorschrift jedoch weitgehend auch dem Schutze der Familie dient, ist die Frage nicht von der Hand zu weisen, ob vielleicht andere Familienglieder zur Anfechtung berechtigt seien.

2. Die Anfechtung könnte von Interesse sein für den *bürgenden Ehegatten*. Kann er die Zustimmungserklärung des andern anfechten? Ein solches Recht wäre stoßend, wenn er selber die Ursache des Willensmangels gewesen ist, indem er z. B. seinen Ehepartner absichtlich getäuscht oder ihm gedroht hätte. Es wäre kaum angängig, daß er den von ihm absichtlich verursachten Mangel zu seinen Gunsten auswerten könnte. Im Fall jedoch, wo z. B. die Drohung von dritter Seite ausging ohne sein Wissen, wäre es nicht anstößig, wenn er diese Zustimmungserklärung anfechten würde. Für das Zustandekommen der Bürgschaft ist die Zustimmung des Ehegatten ein unentbehrliches Gültigkeitserfordernis. Wenn dieses Mängel aufweist, die es unverbindlich und dadurch die ganze Bürgschaft anfechtbar machen, so darf jedem Interessierten, dem Bürgen also in vorderster Linie, das Recht zugesprochen werden, diesen Mangel geltend zu machen. — Dies wird

[40]) Vgl. unten § 15.

kaum häufig eintreten. Die erste Aufklärung erteilt dem Zustimmenden ordentlicherweise der bürgende Ehegatte. Das ist ja gerade der Zweck der neuen Gesetzesvorschrift, daß die Eheleute einzugehende Bürgschaftsverpflichtungen gemeinsam beraten. Dann wird — weniger vielleicht eine Drohung — wohl eine Vorspiegelung falscher Tatsachen von Seiten des Gläubigers oder Hauptschuldners vor Abgabe der Einwilligungserklärung meistens leicht offenbar werden.

3. Dieses Anfechtungsrecht dürfte wohl auch den *Rechtsnachfolgern* des Zustimmungsberechtigten, den Erben als Universalsukzessoren, eingeräumt werden. Obwohl der hauptsächliche Zweck des Gesetzeserfordernisses der Schutz der Familiengemeinschaft ist, darf der zweite, die Wahrung der Vermögensrechte des Ehegatten, nicht außer acht gelassen werden. Vor allem die vermögensrechtlichen Interessen der Ehefrau können durch eine Bürgschaft des Ehemannes weitgehend gefährdet werden [41]). Wenn daher, gestützt auf eine mangelhafte Zustimmung der Ehefrau, Bürgschaften geschlossen wurden, so können außer ihr noch andere ein Interesse geltend machen, ihre materiellen Ansprüche zu retten durch Nachweis der Fehlerhaftigkeit der Zustimmung und damit des ganzen Vertrags.

4. Dieses Anfechtungsrecht des bürgenden Ehegatten und der Rechtsnachfolger des Zustimmenden wird aber kaum *neben* diesem, sondern in beschränktem Maß erst *nach ihm* bestehen. Das erste und wichtigste Interesse an dieser Anfechtungsmöglichkeit hat der zustimmungsberechtigte Ehegatte des Bürgen. Ihn können neben Geldwerten auch ideelle Gründe bestimmen, nach Kenntnis des Mangels diesen geltend zu machen. Er will eben im *Familieninteresse* Bürgschaften verhüten. Der Bürge aber, der die Zustimmung seines Ehegatten anficht, will nur seiner Zahlungspflicht ausweichen; die Rechtsnachfolger lassen sich eher von rein materiellen Gesichtspunkten leiten. Wenn darum der Ehegatte innert Jahresfrist nach Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung oder nach Beseitigung der Furcht dem Gläubiger nicht eröffnet, daß er seine fehlerhafte Zustimmung nicht gelten lasse, so kann nicht während dieses Jahres ein anderer von diesem Recht Gebrauch machen. Wenn *er* die Verletzung seines Rechts *nicht geltend machen will,* so erwächst die Zustimmung zur vollen Wirksamkeit. Diese Anfechtungsmöglichkeit für den Bürgen oder für die Rechtsnachfolger des Zustimmenden besteht nur, wenn dieser vor Ablauf der Anfechtungsfrist gestorben, urteilsunfähig geworden oder unbekannten Aufenthaltes ist [42]).

---

[41]) Vgl. unten § 20—23.

[42]) Die Fälle der Anfechtungsmöglichkeit sind aus ZGB Art. 256 geschöpft. Die dort behandelte Anfechtungs-Möglichkeit (Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes für Personen außer dem Vater) paßt sehr wohl auf alle Fälle, wo erst *nach* der Hauptperson andere Rechtssubjekte ein Klagerecht geltend machen können.

2. Abschnitt

Wirkungen der neuen Gesetzesbestimmung für die Bürgschaft

1. Kapitel

§ 14. Die Zustimmung als wesentliche Voraussetzung für das Zustandekommen der Bürgschaft

Abgesehen von den sozialen Zielen, die der Gesetzgeber mit der neuen Norm erstrebt [1]), interessieren vor allem die *juristischen Wirkungen* der Zustimmung des Ehegatten für die Bürgschaft. Schon die bisherigen Ausführungen verlangten bisweilen [2]) einen Hinweis auf die rechtliche Struktur dieser Rechtsvorschrift, um die Wirkungen der bis ins einzelne gehenden Ausgestaltung darzulegen. Hier soll die rechtliche Bedeutung durch eine kurze systematische Betrachtung beleuchtet werden.

I. Die Zustimmungsvorschrift ist nicht das, was sie auf den ersten Blick scheinen mag. Sie ist *keine Formvorschrift,* sondern eine *materielle Voraussetzung* [3]) zur Gültigkeit einer Bürgschaft.

1. Die für den Abschluß des Bürgschaftsvertrages notwendige Bürgschaftsfähigkeit ist ein Unterbegriff der allgemeinen Handlungsfähigkeit [4]). Durch die Vorschrift der Zustimmung des Ehegatten bei Bürgschaften hat der Gesetzgeber die *Handlungsfähigkeit* der verheirateten Personen *eingeschränkt,* indem er ihnen gerade diese Geschäftsfähigkeit im Bürgschaftsrecht, d. h. die spezielle Fähigkeit, Bürgschaftsverpflichtungen einzugehen, genommen hat [5]). Diese Einschränkung in der Verbürgungsfähigkeit ist einer andern Gesetzesvorschrift mit gleicher Bedeutung nachgebildet: In ZGB Art. 177, Absatz 3 sieht der Gesetzgeber vor, daß Verpflichtungen, welche die Ehefrau Dritten gegenüber zugunsten des Ehemannes eingeht, zu ihrer Gültigkeit der *Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bedürfen.* Diese Vorschrift hat ihre wichtigste Bedeutung bei der Bürgschaft [6]). Es besteht also

---

[1]) Vgl. oben § 4, S. 21.

[2]) Vgl. § 4, Anm. 16; § 7, Anm. 5; § 8, Anm. 8; § 9, Anm. 24; § 12, Anm. 3.

[3]) Beck, Art. 494 N. 3; Schönenberger, Art. 494 N. 3.

[4]) Schönenberger, Vorbemerkungen zu Art. 492—512, N. 34; Guhl, OR, S. 235; Stauffer, a. a. O., S. 24 a f.; Henry, a. a. O., S. 154 a f.; anderseits unterscheidet Beck eine passive Bürgschaftsfähigkeit, die sog. *bürgschaftliche Rechtsfähigkeit* und die aktive Bürgschaftsfähigkeit als *bürgschaftliche Handlungsfähigkeit.* Beck, Art. 492 N. 10 und N. 25.

[5]) Beck, Art. 494 N. 3; Giovanoli, Art 494 N. 3; Schönenberger, Art. 494 N. 3. Diese Bürgschaftsfähigkeit ist übrigens auch andern Personen von Gesetzes wegen entzogen. Vgl. § 18.

[6]) Vgl. die Ausführungen des französischen Berichterstatters im eidg. Parlament anläßlich der Beratung des Art. 177 ZGB (Bull. NR, 1905, S. 661). Die Bedeutung von Art. 177 Abs. 3 für die Bürgschaft hat auch bei der Revision des Bürgschaftsrechts die Veranlassung gegeben, beim Art. 494 in einem vierten Absatz

hier bereits eine Schranke für den freien Geschäftsabschluß bei der Ehefrau. Wie diese rechtlich auszulegen ist, erklärt eindeutig ein Entscheid des Bundesgerichts [7]), der sich mit der Frage auseinanderzusetzen hatte. Das Bundesgericht stellt sich im erwähnten Entscheid auf den Standpunkt, daß diese Bestimmung »eine Einschränkung des vom Zivilgesetzbuch aufgestellten Grundsatzes der Handlungsfähigkeit der Ehefrau enthält«. Diese rechtliche Begründung paßt sehr wohl auch auf die gleichartige Zustimmungsvorschrift des Bürgschaftsrechts. Es ist im Gegenteil kein Grund zu finden, der einer solchen Annahme widerspräche. Daher auch die restlose Einmütigkeit der Rechtswissenschaft in dieser Frage [8]).

2. Die Wirkung der Zustimmung ist somit klar: Die *mangelhafte Geschäftsfähigkeit bedarf zuerst der Heilung,* bevor eine Bürgschaft gültig geschlossen werden kann. Dies geschieht nun aber durch die Erklärung der Einwilligung vonseiten des andern Ehegatten. Eine wesentlich mangelhafte Zustimmungserklärung läßt darum auch die entsprechende Wirkung, die Herstellung der Bürgschaftsfähigkeit, nicht eintreten. Und ohne Bürgschaftsfähigkeit kann keine rechtsgültige bürgschaftliche Verpflichtung eingegangen werden. Derartige Verträge ohne wirksame oder überhaupt ohne Zustimmung sind daher nichtig, weil sie von einem Nicht-Fähigen gesetzt werden [9]). Sie heilen nicht etwa dadurch, daß die Zustimmung nachträglich erteilt wird. Rückwirkende Kraft fehlt der Zustimmungserklärung. Diese Auffassung bestärkt auch der Gesetzeswortlaut, der von »vorgängig oder spätestens gleichzeitig« abgegebener Zustimmung [10]) spricht. Eine andere Auffassung würde die ausdrückliche Gesetzesbestimmung nutzlos und überflüssig machen.

Es liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen diesem Fall und ZGB Art. 410: Beim *urteilsfähigen Bevormundeten* läßt der Gesetzgeber neben der vorausgehenden Zustimmung ausdrücklich die *nachträgliche Genehmigung* des Vormundes zu, um ein infolge unvollständiger Handlungsfähigkeit fehlerhaftes Rechtsgeschäft konvalidieren zu lassen. Diese Lösung des Artikels 410 gründet auf der Anschauung des Gesetzgebers, daß Unmündigkeit oder Entmündigung dem urteilsfähigen Bevormundeten *nicht schlechthin* die Handlungsfähigkeit *nehmen,* sondern sie *nur* »*schmälern*« [11]), so daß deren rechtsgeschäftliche Handlungen keineswegs nichtig [12]) sondern nur suspensiv bedingt gültig sind, d. h. wenn innerhalb nützlicher Frist die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters erfolgt, so erlangen sie Vollgültigkeit [13]).

---

ausdrücklich einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen: »Das Erfordernis der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für Rechtsgeschäfte der Ehefrau bleibt vorbehalten.«

[7]) BGE 40 II 320.
[8]) Vgl. oben, Anm. 5.
[9]) Vgl. Beck, Art. 494 N. 32.
[10]) Vgl. oben § 9, S. 54 ff.
[11]) Tuor, a. a. O., S. 268.
[12]) Tuor, a. a. O., S. 63.
[13]) Tuor, a. a. O., S. 63.

Durch den *Eheabschluß* jedoch geht eine Person der speziellen Bürgschaftsfähigkeit *völlig verlustig*. In diesem Bezirk ist seine Handlungsfähigkeit nicht nur geschmälert, sondern ihm restlos genommen. Bürgschaftliche Handlungen vermögen daher nicht einen bedingten Zustand zu schaffen, welcher durch einen nachträglichen Akt, der als Erfüllung der Bedingung angesehen werden könnte, eine endgültige Lösung erfährt. Die Geschäftstätigkeit ist völlig und unheilbar nichtig, rechtlich irrelevant. Die Bürgschaft wird erst rechtswirksam, wenn nach erfolgter Zustimmung der dadurch nun Handlungsfähige die erforderlichen Handlungen von neuem setzt[14]). Die Wirkung der Zustimmung, den andern Ehegatten bürgschaftsfähig zu machen, ist also — im Gegensatz zur Einwilligung des Vormundes — nur begrenzt. Sie tritt nur ein, wenn die Zustimmung vorgängig erfolgt.

3. Die *schriftliche Form*[15]), die das Gesetz für die Zustimmung verlangt, widerspricht keineswegs der Auffassung, daß es sich hier um eine materielle Voraussetzung handelt. Diese Schriftlichkeit ist keine Formvorschrift der Bürgschaft, sondern gehört zum selbständigen, einseitigen Rechtsgeschäft der Zustimmung[16]). Mangel in dieser Schriftlichkeit bedeutet direkt für den Bürgschaftsvertrag nichts, sondern vorerst betrifft dies die Zustimmungserklärung. Da diese aber unumgängliche Voraussetzung für das Zustandekommen der Bürgschaften ist, wirkt sich ein Formfehler in der Zustimmungserklärung indirekt selbstverständlich in der ganzen Bürgschaft aus. Bei einem wesentlichen derartigen Fehler in der Form der Erklärung ist die Bürgschaftsverpflichtung nicht zustandegekommen, aber *nicht wegen mangelhafter Form des Bürgschaftsvertrags,* sondern wegen fehlender Handlungsfähigkeit des Bürgen. Weil die Zustimmungserklärung nicht formgemäß war, konnte sie ihre Wirkung, die darin besteht, dem sich verpflichtenden Ehegatten die notwendige Bürgschaftsfähigkeit zu verleihen, nicht entfalten.

II. Eine wesentliche Eigenschaft der neuen Rechtsvorschrift ist die, daß sie *zwingend* gestaltet ist[17]). Wenn das neue Gesetzeserfordernis die von ihm gewünschte Wirkung entfalten soll, so mußte es der Gesetzgeber der Disposition der Parteien entziehen.

Das Gesetz erwähnt die zwingende Anwendung dieser Bestimmung *nicht ausdrücklich*. Auch Absatz 4 des Artikels 492, der besagt, daß der Bürge auf die ihm eingeräumten Rechte nicht zum voraus verzichten könne, sofern das Gesetz nichts Gegenteiliges bestimmt, genügt nicht für diesen Fall. Die Schwierigkeit, daß sich diese Bestimmung nur auf den Bürgen bezieht, die Zustimmung aber ein *Recht des Ehegatten eines Bürgen* darstellt, könnte zwar leicht durch Analogie zugunsten des zustimmungsberechtigten Ehegatten behoben werden. Während der Bürge aber nur *zum voraus* nicht auf seine Rechte verzichten kann, ist bei der Zu-

[14]) Beck, Art. 494 N. 32. Die entsprechende Lösung bei nachträglicher Scheidung oder Eintragung ins Handelsregister siehe oben § 4, S. 23 und § 6, S. 32.
[15]) Vgl. oben § 11, S. 54 ff.
[16]) Vgl. oben § 12 I, S. 63.
[17]) Beck, Art. 494 N. 4; Schönenberger, Art. 494 N. 4.

stimmung überhaupt *jede Verzichtserklärung* ausgeschlossen. Die zwingende Natur der Rechtsvorschrift ergibt sich nämlich aus ihrem *Zweck* und aus ihren *Wirkungen*[18]).

Ihr *Zweck,* dem andern Eheteil die Möglichkeit zu geben, sich über die Tragweite und Bedeutung der neuen Verpflichtung für sich und die ganze Familie ein klares Bild zu machen, und ihn vor Elend und Not zu schützen, kann nur erreicht werden, wenn der andere Ehegatte wirklich *im Einzelfall* veranlaßt wird, die einzugehende Verpflichtung genau zu betrachten und zu untersuchen. Freie Verzichtbarkeit auf dieses Recht ist dieser Zweckbestimmung geradezu entgegengesetzt und darum unvereinbar mit der neuen Gesetzesvorschrift.

Die *Wirkung* der Zustimmungserklärung besteht darin, dem Ehegatten die mangelnde bürgschaftliche Handlungsfähigkeit zu erteilen[19]). Wenn nun der Ehegatte von der Zustimmung keinen Gebrauch macht, weil er auf sein Recht verzichten will, so nützt er dem Ehepartner, der sich verbürgen möchte, nichts, denn dadurch wird dieser *nicht* bürgschaftsfähig. Notwendig ist stets die *positive Erklärung,* daß er in den Bürgschaftsabschluß des andern einwillige.

Der Wortlaut des Gesetzes weist schon in dieser Richtung. Nach dem Text des Artikels 494 wird nicht in erster Linie einem Ehegatten das Recht eingeräumt, seine Zustimmung zu erteilen oder vorzuenthalten, sondern es heißt ausdrücklich: Die Bürgschaft *bedarf* zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung. Es liegt also gar nicht in der Macht der Subjekte, davon zu dispensieren, sondern der äußere Umstand, daß eine Bürgschaft ohne Zustimmung eben keine Bürgschaft ist, zwingt die Parteien in jedem Fall, die Zustimmung nachzusuchen, soll eine Bürgschaft wirklich zustandekommen.

Nicht nur ein Verzicht von seiten des zustimmungsberechtigten Teils ist aber ausgeschlossen, noch viel weniger kommt es in Frage, daß der bürgende Ehegatte selber das Einwilligungsrecht seines Ehepartners vertraglich wegbedingt[20]).

2. Kapitel: Fehlen der Zustimmung

§ 15. Verweigerung durch den Ehegatten

Die erörterte wichtige Bedeutung der Zustimmung und mehr noch die weittragenden Folgen bei deren Fehlen werfen die Frage auf: Wie können diese Schwierigkeiten, die sich bei mangelnder oder fehlerhafter Zustimmung ergeben, behoben werden? Die Antwort lautet verschieden je nach dem Grund, der das Fehlen der Zustimmung verursacht hat. Die Einwilligung des andern Ehegatten kann fehlen, weil dieser sie schlechthin *verweigert.* Der Gesetzgeber hat die neue Rechtsvorschrift ja gerade zu dem Zwecke in des Bürgschaftsrecht aufgenommen, damit der Ehe-

[18]) Schönenberger, Art. 494 N. 4.
[19]) Vgl. oben S. 76 ff.
[20]) Beck, Art. 494 N. 4; Schönenberger, Art. 494 N. 4.

gatte im gegebenen Fall, wo es nottut, mit einem Nein die unglückliche Bürgschaft verhindert. So vorteilhaft sich zweifellos diese Einschränkung der Bürgschaftsfähigkeit auswirken wird, so ungerecht kann jedoch im einzelnen Fall eine solche Verweigerung empfunden werden.

I. Daher ist die Frage der Betroffenen verständlich: Wie kann trotz dieser ungerechten Zustimmungs-Verweigerung die Bürgschaft zustandekommen? Welche Möglichkeiten gibt das Gesetz, die Zustimmung zu erzwingen?

1. Das neue *Bürgschaftsrecht schweigt* hierüber vollständig. Dieses Stillschweigen und die eindeutige Stellungnahme des Gesetzgebers beim Werden des heutigen Bürgschaftstitels beweisen eindeutig, daß es überhaupt *keine Lösung gibt:* Es besteht in keinem Fall eine *Rechts*pflicht, die gewünschte Zustimmung zu erteilen [1]). Es liegt völlig im Ermessen des berechtigten Ehegatten, in eine Bürgschaft einzuwilligen oder nicht. Seine Zustimmung kann *nicht erzwungen werden,* selbst wenn der Verweigerungsgrund bloß Mißgunst oder Starrsinn sein sollte.

   Zu dieser Lösung, die auf den ersten Blick Erstaunen hervorruft, ist der Gesetzgeber erst nach eingehenden Beratungen gelangt. Es stehen sich bei der Lösung dieser Frage *zwei Interessen* gegenüber: Es wird den Eheleuten die Möglichkeit gegeben, bei der Verweigerung der Zustimmung des einen Eheteils den Zwist vor die Schranken des Gerichts oder eventuell der Vormundschaftsbehörde zu bringen. Der Gang zum Richter ist für das eheliche Verhältnis und für den Frieden der Familie aber keineswegs förderlich. Es können damit wohl Härten im Bürgschaftswesen vermieden werden, jedoch nur auf Kosten der ehelichen Eintracht und des Familienglücks.

   Anderseits können — wie das jetzt der Fall ist — den Eheleuten die rechtlichen Mittel, eine Zustimmung zu erzwingen, genommen sein. Dann mag wohl hie und da eine notwendige Bürgschaft unterbleiben, dafür ist eher Gewähr gegeben, daß nicht durch gerichtliche Zwistigkeiten die Ehe zerrüttet und untergraben wird.

   Diese gegenüberstehenden Interessen bewirkten, daß bei der Gesetzesberatung diese Frage verschiedentlich aufgeworfen wurde. Die erste Fassung sah eine Weiterziehungs-Möglichkeit an den Richter vor, da der Nationalrat in diesem Punkt der befürwortenden Kommissionsminderheit beipflichtete [2]). Die ständerätliche Kommission wollte das Entscheidungsrecht statt dem Richter der »zuständigen Behörde« übertragen [3]); der Ständerat strich die ganze Bestimmung. Er wollte ein Weiterziehen von familienrechtlichen Streitigkeiten an eine Behörde vermeiden, weil er darin eine Quelle von Zwist und Hader erblickte [4]). Der Nationalrat beschloß jedoch auf Antrag seiner Kommission Festhalten an seiner Fassung [5]); weil aber der Ständerat trotzdem

[1]) Beck, Art. 494 N. 31; Schönenberger, Art. 494 N. 34; Giovanoli, Art. 494 N. 12.
[2]) Bull. NR, 20. Febr. 1940, S. 63 ff.
[3]) Kom. StR, 18./19. März 1940.
[4]) Bull. StR, 17./18. Sept. 1940, S. 393 ff.
[5]) Bull. NR, 24. März 1941, S. 10.

nicht nachgeben wollte und weiterhin Streichung befürwortete [6]), gab schließlich der Nationalrat nach [7]).

2. Das neue Bürgschaftsrecht sieht also ab von einem Rechtsmittel, die Zustimmung des andern Ehegatten zu erzwingen. Doch ist die Frage nicht von der Hand zu weisen, ob im Gesetz nicht vielleicht anderswo Mittel und Wege gegeben sind, daß der zustimmungsbedürftige Ehegatte doch zu seinem Rechte kommt:

a) Beck [8]) verweist auf die ordentlichen Rechtsbehelfe, die das ZGB *zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft* aufgestellt hat. Von den zitierten Artikeln 169 ff. könnte höchstens Art. 169 in Betracht fallen. Aber auch da hält es schwer, einen Tatbestand zu finden, der unter diese Norm passen würde. Verweigerung der Zustimmung dürfte schwerlich eine Pflichtvergessenheit gegenüber der Gemeinschaft bedeuten, und kaum je wird ein Ehegatte den andern durch die Verweigerung der Zustimmung bei einer Bürgschaft in Gefahr, Schande oder Schaden stürzen [9]).

b) Ebenfalls nennt Beck als eventuelle Möglichkeit *Art. 2 ZGB* [10]). Auch dieser Ausweg dürfte nur in wenigen Fällen praktische Bedeutung haben. Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich eine rechtliche Erzwingung der Zustimmung nicht zulassen will und darum sämtliche Rechtsmittel vorenthält, wird es ordentlicherweise nicht angängig sein, mit einer allgemeinen Gesetzesklausel doch an den Richter zu gelangen [11]). Art. 2 ZGB ist jedoch so gehalten, daß seine Anwendung in gewissen Fällen nicht von der Hand zu weisen ist. Nur der »*offenbare* Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz«. Wenn daher die Zustimmung in offensichtlicher Schikaneabsicht verweigert wird, so wäre ein richterliches Vorgehen gegen den verweigernden Ehegatten zweifellos zulässig. Eine Rücksicht auf den Frieden der ehelichen Gemeinschaft und der Familie ist um so weniger notwendig, als in diesen Fällen die familiären Verhältnisse ohnehin im Uebermaß zerrüttet sind.

3. Ein letzter Ausweg für den Zustimmungsbedürftigen könnte eventuell darin bestehen, mit Hilfe der *Entmündigung* des sich Weigernden zum Ziel zu gelangen. Voraussetzung ist selbstverständlich, daß es sich bei der Zustimmung *nicht um ein höchstpersönliches Recht handelt,* daß also ein Dritter für den Zustimmungsberechtigten eintreten kann [12]). Die Möglichkeit ist nicht unbedingt von der Hand zu weisen, und Befürchtungen sind denn auch in dieser Hinsicht geäußert worden [13]).

Immerhin dürfte die Gefahr *nicht allzugroß* bemessen werden.

---

[6]) Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 139.
[7]) Bull. NR, 22. Sept. 1941, S. 213 ff.
[8]) Beck, Art. 494 N. 31.
[9]) Schönenberger, Art. 494 N. 34.
[10]) Beck, Art. 494 N. 31.
[11]) Vgl. Schönenberger, Art. 494 N. 34.
[12]) Vgl. hiezu unten § 16.
[13]) Vgl. Aeby, Referat im Freiburgichen Juristenverein, Juli 1942 (unveröffentlicht): »... ne sera-t-on point tenté de recourir à une interdiction comme unique moyen de parer à l'obstination d'un conjoint récalcitrant.«

Engstirnigkeit und Widerspenstigkeit beim Erteilen der geforderten Zustimmung bilden allein noch keinen genügenden Grund zur Entmündigung. Es muß unbedingt ein gesetzlich genügender Tatbestand hiezu gegeben sein. Wenn aber die Zustimmungsverweigerung die Folge eines Zustandes ist, der eine Bevormundung rechtfertigen könnte (ZGB Art. 369 ff.), z. B. die Folge von Geistesschwäche oder vielleicht Trunksucht, so ist es keineswegs zu bedauern, wenn solche Personen unter Vormundschaft gestellt werden. Sollte es einmal versucht werden, einem Ehegatten wegen bloßer eigensinniger Zustimmungsverweigerung die Handlungsfähigkeit zu nehmen, so liegt es immer noch bei der Vormundschaftsbehörde, zu prüfen, ob der Fall wirklich eine Entmündigung rechtfertigt. Und selbst wenn sie fälschlicherweise die Begründetheit einmal bejahen sollte, so steht dem betroffenen Eheteil ja stets das Weiterziehungsrecht bis zum Bundesgericht offen. Es kann hier als kaum von einer erheblichen Gefahr gesprochen werden.

4. Eine besondere Art von »Erzwingung« könnte darin bestehen, daß der verbürgende Ehegatte dem Gläubiger die Zustimmungserteilung durch den andern garantiert. Damit ist der Tatbestand des Garantievertrages zweifellos erfüllt, denn es ist nicht notwendig, daß die Leistung des Dritten, die der Garant verspricht, eine geldwerte ist. Es genügt das Einstehen für einen bestimmten rechtlichen oder tatsächlichen Erfolg [14]).

Eine solche Garantieleistung ist jedoch nicht sehr zu befürchten. Wer die Zustimmungserteilung seines Ehegatten garantiert, läuft doch viel mehr Gefahr, direkt leisten zu müssen als ein Bürge. Ein Bürge will nicht zahlen, er denkt gar nicht daran, er verkennt das Risiko. Wer hingegen diese Garantie leistet, muß damit rechnen, sofort bei seinem Versprechen behaftet zu werden..

Denkbar ist ein solches Unternehmen allerdings. Wenn die versprochene Leistung im Falle des Ausbleibens der Zustimmung von erheblichem Umfang ist, so kann dies für eine Familie eine große Belastung werden. Es ließe sich ein solcher Vertrag zum *moralischen Druckmittel* gestalten, der den zustimmungsberechtigten Ehegatten drängte, die Zustimmung zu erteilen, um der drohenderen Gefahr auszuweichen. Es frägt sich allerdings, ob nicht ein solcher Vertrag, der nur dahin gerichtet ist, vom Ehegatten die Zustimmung zu erzwingen, wegen unsittlichen Inhaltes anfechtbar ist. Wenn schon der Gesetzgeber zum Schutze des Ehegatten und zum Wohl der Familie die freie Zustimmung als unerläßlich erachtet, so dürfte ein Vertrag mit dem Zwecke, diese Einwilligung zu erzwingen, unsittlich sein. — Wenn aber der Ehegatte, der eine Bürgschaft schließen will, in klarer Erkenntnis von der Tragweite seines Versprechens und ohne die Absicht, auf seinen zustimmungsberechtigten Ehegatten einen Druck auszuüben, den Garantievertrag eingeht, so dürfte er Gültigkeit haben.

II. Wenn ein Ehegatte sich vernünftig verbürgen möchte, wenn er es vielleicht sogar als seine Pflicht auffaßt, eine bestimmte Bürgschaft ein-

[14]) Beck, Einleitung. N. 17.

zugehen, und sein Partner die Zustimmung grundlos und eigensinnig verweigert, so kann dies ihn bestimmen, die lästige Schranke zu meiden: *er umgeht die Zustimmung des Ehegatten.* Er kann dies zwar nicht innerhalb der Bürgschaft, wohl aber wird er das gewünschte Ziel erreichen, indem er sich durch *andere, wirtschaftlich gleichwertige,* für ihn aber vielleicht *gefährlichere Rechtsgeschäfte* verpflichtet. Es ist immer der Zweck einer Umgehung, ein wirtschaftlich gleiches Ziel zu erreichen, jedoch ohne die strengen Vorschriften, die das Gesetz für den Abschluß eines bestimmten Rechtsgeschäftes vorsieht. Auf diese Gefahr der Umgehung bei der Bürgschaft ist denn auch verschiedentlich hingewiesen worden [15]). Auch der Gesetzgeber war sich dieser Möglichkeit wohl bewußt, darum sah der Vorentwurf II für die Expertenkommission — wenigstens in formeller Hinsicht — z. B. für das Bürgschaftsversprechen und die Kumulativschuldübernahme eine gleiche Behandlung vor wie für die Bürgschaft selbst. Dieser Vorschlag ist nicht durchgedrungen, so daß heute der Wirtschaft verschiedene Vertragsformen zur Verfügung stehen, um die gewährten Kredite auch ohne Zustimmung des Ehegatten genügend zu sichern.

1. Als geeignetes Umgehungsinstrument stellt sich der *Wechsel* dar [16]), und zwar die Tratte (OR Art. 991) wie der Eigenwechsel (OR Art. 1096). Wenn letzterer »das unbedingte Versprechen« ist, zu bestimmter Zeit, an einem bestimmten Ort, an eine bestimmte Person oder an deren Ordre eine genau vereinbarte Geldsumme zu bezahlen, so ergibt sich auf den ersten Blick, daß er sehr geeignet ist, als Sicherung für die Forderung eines andern zu dienen. Wenn noch die große Wechselstrenge ins Auge gefaßt wird, so mag er als Sicherungsmittel besonders begehrenswert erscheinen. Es ist daher auch verständlich, daß er in gewissen Gegenden, z. B. im Tessin, im Wallis und z. T. in der Waadt die Bürgschaft zu verdrängen vermochte [17]).

   So sehr der wirtschaftliche Erfolg der gleiche sein kann — in beiden Fällen Sicherung der Forderung eines Dritten — so sehr springt — abgesehen von scharfen formellen Differenzierungen — auch der materielle Unterschied zwischen ihnen in die Augen. Während die

---

[15]) Vgl. Müller, Die Solidarbürgschaft und die Reform des Bürgschaftsrechts, SJZ 13, S. 277 ff.; Maday, Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 189. Heft, Bern 1941, S. 159 ff.; Blumer, Bürgen soll weniger würgen, Das neue Bundesgesetz über die Bürgschaft vom 10. Dez. 1941 und seine wirtschaftliche Bedeutung für Gläubiger und Schuldner, Separatabdruck aus den »Glarner Nachrichten«, Zürich, 1942, S. 16/7. Krebs, Die Revision des Bürgschaftsrechts, Separatabdruck aus der Schweiz. Gewerbezeitung, Nr. 33—41, Burgdorf, 1938, S. 15/6.

[16]) *Kein Umgehungsmittel* ist an und für sich die *Wechselbürgschaft* (OR 1020—1022). Das ist einfach die »Verbürgung« einer Wechselschuld und richtet sich von Gesetzes wegen ganz nach Wechselregeln. Vgl. Guhl, OR, S. 356; Guhl, BR, S. 35; Stauffer, ZSchwR, S. 11 a. Zur Umgehung kann eine Wechselbürgschaft nur so benützt werden, daß die Hauptschuld absichtlich als Wechselschuld eingegangen wird, damit die hinzutretende Bürgschaft sich von Gesetzes wegen nach Wechselrecht richtet und somit die Zustimmung des Ehegatten ausgeschaltet wird. Dies dürfte kaum praktisch werden.

[17]) Vgl. oben § 2, S. 6, Anm. 3.

Bürgschaft wesentlich akzessorischer Natur ist[18]), behält die Wechselverpflichtung in allen Teilen ihre Selbständigkeit. Sie existiert abstrakt, selbständig, ohne jede Hauptschuld.

Kein Wechsel, sondern eine gewöhnliche Bürgschaft liegt vor, wenn die Bürgschaft lediglich auf einem Wechselformular eingegangen wird[19]).

Anders, wenn der Wechsel an Stelle einer Bürgschaft eine Forderung sichern soll. Wollen die Parteien wirklich eine Wechselverbindlichkeit vereinbaren, so ist das ein Wechsel, auch wenn sie dahin einig gehen, daß der Schuldner nicht stärker haften soll als ein Bürge. Die Zustimmungsvorschrift des Art. 494 findet darum hier keine Anwendung[20]).

Die Tatsache, daß bei Wechselverpflichtungen alle Vorsichtsmaßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutze der Familie ins neue Bürgschaftsrecht aufgenommen, unnütz sind, ließe auf den ersten Blick eine Unterstellung des Wechsels unter die Zustimmungspflicht wünschbar erscheinen. Dies um so mehr, als die eingegangenen Wechselverpflichtungen infolge der formellen und materiellen Wechselstrenge viel drückender und einschneidender werden können.

Abgesehen davon, daß eine solche Vorschrift für den heutigen wirtschaftlichen Verkehr wohl kaum tragbar wäre, scheint es auch nicht nötig, einzig aus Umgehungs-Befürchtungen den Wechsel übermäßig zu belasten. Es dürfte kaum eine große Abwanderung von der Bürgschaft zum Wechsel stattfinden. In weiten Kreisen besteht eine Abneigung gegen den Wechsel, vor allem in der deutschen Schweiz[21]). Ueberdies ist der Wechsel psychologisch bedeutend weniger gefährlich als die Bürgschaft. Während der Bürge nie ans Zahlen glaubt, sich lediglich formell als verpflichtet hält, während eine Schuld nur unbestimmt, in weite Fernen entrückt scheint, weiß derjenige, der einen Wechsel unterzeichnet, daß er verspricht, *unbedingt* zu zahlen, und zwar nicht nur subsidiär, sondern selbständig und in jedem Fall. Zudem liegt der Zahlungstermin nicht in später Zeit, sondern der Wechsel ist ein kurzfristiges Kreditinstrument. Das sind alles Umstände, die manchen, der eine Bürgschaft ohne Bedenken unterschrieben hätte, von der Unterzeichnung eines Wechsels abhalten. Diese Tatsachen ermöglichen aber auch demjenigen, der sich verpflichtet, sich ein klares und eindeutiges Bild von seiner Belastung zu machen.

2. Ein sehr gefährliches Mittel für die Umgehung bietet der *Garantievertrag*[22]). Auch er bezweckt *wirtschaftlich* oft das gleiche wie die Bürgschaft. Art. 111 OR erklärt: »Wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn die Leistung nicht erfolgt, zum Ersatze des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet.« Das Ziel ist also auch hier eine wirtschaftliche Sicherung.

Während aber die Bürgschaft vom Wechsel sehr leicht unterschie-

[18]) Vgl. oben § 1 V 1, S. 3.
[19]) Vgl. Schönenberger, Art. 492 N. 68.
[20]) Vgl. Schönenberger, Art. 492, N. 69.
[21]) Vgl. die Ausführungen von Scherer, Basel; Bull. NR, 20. Febr. 1940, S. 71.
[22]) Maday, a. a. O., S. 160 f.; Beck, Einleitung, N. 16 ff.

den werden kann, herrscht bezüglich der Abgrenzung Bürgschaft—Garantievertrag in der Praxis oft große Schwierigkeit. Im Gegensatz zur Bürgschaft ist hier wesentlich, daß der Garant nicht für eine Fremdschuld einsteht, sondern »für einen bestimmten rechtlichen oder tatsächlichen Erfolg eines fremden Unternehmens« [23]). Auch beim Garantievertrag liegt also keine Akzessorität vor, sondern eine Verpflichtung in *völlig selbständigem Vertrag* [24]).

Eine große innere Verwandtschaft zwischen beiden Rechtsinstituten besteht ohne Zweifel, und darum wurde schon längst vor der Revision auf die aktuelle Seite dieses Problems hingewiesen und die Frage erwogen, ob der Garantievertrag nicht der gleichen Form wie die Bürgschaft zu unterstellen sei [25]). Ein diesbezüglicher Vorschlag des Entwurfes wurde in der nationalrätlichen Kommission bekämpft [26]) und in der Folge fallen gelassen [27]). Somit blieb der Garantievertrag von der neuen Erschwerung verschont [28]).

Damit ist sicher eine *erhebliche Gefahr* vorhanden, daß mit Hilfe des Garantievertrages die Zustimmungsvorschrift des Bürgschaftsrechts umgangen wird. Die Ansicht von Kiefer [29]), daß die besondere Gefahr der Bürgschaft in der Akzessorität liege, und daß daher der Garantievertrag eine wesentlich harmlosere Natur aufweise, ist von Stauffer [30]) gewiß mit Recht als zu theoretisch zurückgewiesen worden. Auch Garantieverträge vermögen die finanzielle Stellung eines Rechtssubjektes erheblich zu gefährden. Es könnte daher der soziale Fortschritt in der neuen Bürgschaftsgesetzgebung durch Verlagerung der Kreditsicherung von der Bürgschaft zum Garantievertrag wenigstens teilweise illusorisch gemacht werden.

---

[23]) Kiefer, Garantievertrag und Bürgschaft in ihrer gegenseitigen Abgrenzung. Diss., Basel 1933 (ungedruckt), S. 14; Guggenheim, Der Garantievertrag, Aarau, 1917, S. 52/3.

[24]) BGE 56 II 381; 64 II 350; Pr. BGer. 20, 3E. 2 f.; Pr. BGer. 28, 31 a; Entscheid des Appellationshofs des Kts. Bern in SJZ 30, S. 331 (64); vgl. Giovanoli, Art. 492 N. 13; Guhl, BR S. 29; Guhl, OR S. 252; Stauffer, ZSchwR 54, S. 9a f. und die dort Zitierten; Lardelli, Beiträge zum Bürgschaftsrecht, SJZ 26, S. 93 ff.; Kiefer, a. a. O., S. 15 ff.; Guggenheim, a. a. O., S. 11/2, 47 ff.; Reußer, Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweiz. Recht, Diss., Bern, 1918, vor allem S. 59 ff.; Priester, Der Garantievertrag, Diss., Bern, 1935, S. 6 ff.; Oser/Schönenberger, Art. 111 N. 16 ff.: Er betrachtet die Bürgschaft als Unterart des Garantievertrages.

[25]) Stauffer, a. a. O., S. 10 a.

[26]) Nationalrat Holenstein beantragte Streichung, da der Begriff des Garantievertrages in unserem Recht unklar sei. Kom. NR, 10./11. Jan. 1940, S. 22. Es bezog sich dies allerdings nicht auf die Zustimmung des Ehegatten sondern auf die Formerfordernisse der Bürgschaft, weil die Zustimmungsvorschrift vorher ja gänzlich verworfen wurde. Aber die Erwägungen, die zur Ablehnung einer gleichen Behandlung des Garantievertrages führten, sind so allgemeiner Natur, daß sie entsprechend auch in dieser Frage Geltung haben müssen.

[27]) Kom. NR, 10./11. Jan. 1940, S. 26.

[28]) In Art. 492, Abs. 3 OR sind aber doch drei Einzelfälle ovn Garantievertrag dem Bürgschaftsrecht unterstellt. Diese Fälle wurden zur Hauptsache schon aus dem alten OR übernommen.

[29]) Kiefer, a. a. O., S. 44.

[30]) Stauffer, a. a. O., S. 10 a.

Allerdings achtet die Rechtssprechung nicht darauf, wie die Parteien ihren Vertrag nennen, sondern sie urteilt nach der *gesamten Interessenlage*. Der Richter trifft die rechtliche Beurteilung des Vertrages nach seinem Ermessen [31]). Er wird darum ohne Zweifel auf Bürgschaft erkennen, wenn sich der Vertrag als Interzession herausstellt, d. h. wenn dadurch eine Verpflichtung eingegangen wurde *im Interesse einer fremden Schuld* [32]). Aber alle Gefahr ist damit nicht gebannt, und erst die zukünftige Entwicklung wird erweisen, wie weit von dieser Umgehungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird.

3. In die gleiche Reihe gehört die »*kumulative Schuldübernahme*« oder die sog. *Schuldmitübernahme*. Obwohl der wirtschaftliche Erfolg auch hier dem der Bürgschaft gleich ist, unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft ebenfalls durch fehlende Akzessorietät [33]). Zwar geht hier die Verpflichtung des Schuldmitübernehmers auf die schon bestehende Verbindlichkeit des Urschuldners — und ist somit in der Entstehung wohl akzessorisch —, jedoch ist der kumulative Schuldübernehmer primär verpflichtet, er hat eine persönliche Schuld, er sichert nicht nur die Schuld eines Dritten, er wird Mitschuldner des Urschuldners [34]). Er schuldet im Gegensatz zum Bürgen aus dem gleichen Schuldgrund wie der Urschuldner [35]). Bei Schuldmitübernahme ist für den Mitschuldner ein eigenes Interesse an der Bezahlung der Schuld verlangt [36]), oder er muß selber die Erfüllung übernehmen [37]).

Der Gesetzgeber hat ebenfalls davon abgesehen, die Schuldmitübernahme der Zustimmungspflicht zu unterstellen. Eine derartige Klausel im Vorentwurf wurde gestrichen aus dem gleichen Grunde wie beim Garantievertrag, weil auch die Kumulativschuldübernahme im Gesetz *nicht genau umschrieben ist* (OR Art. 175) [38]).

Es besteht somit auch hier eine gewisse *Umgehungsgefahr*. Es ist aber doch nicht etwa so, daß die Parteien beliebig ihre Bürgschaftsverpflichtung aus Umgehungsabsichten Kumulativschuldübernahme taufen könnten. Denn auch hier entscheidet letztlich die richterliche

---

[31]) Becker, Art. 18 N. 19; Oser/Schönenberger, Art. 18 N. 26.

[32]) Becker, Art. 492 N. 15 ff.; Maday, a. a. O., S. 160 f. BGE 64 II 346; BGE 65 II 31.

[33]) Stauffer, a. a. O., S. 9 a; Raaflaub, Die Solidarbürgschaft im Bankverkehr, Diss., Bern, 1932 (Abhandlungen zum schweiz. Recht, N. F., Heft 73), S. 29 ff.; Müller, a. a. O., S. 277. Reichel, Hans, Die Schuldmitübernahme. XIX. Bd. der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht des Deutschen Reichs, München, 1909, S. 88 f.

[34]) Weber, Schuldmitübernahme und Bürgschaft. Unterschiede und Abgrenzung. Diss., Basel, 1937, S. 79.

[35]) Reichel, Hans, a. a. O., S. 87; Gadmer, Solidarschuldner und Bürge nach schweiz. Obligationenrecht, Diss., Zürich, 1929, S. 21 f.; Weber, a. a. O., S. 78.

[36]) SJZ 34, S. 202 (150): Urteil des Tessiner App.-Gerichtes vom 6. Okt. 1936; Reichel, Hans, a. a. O., S. 265 ff.

[37]) Müller, a. a. O., S. 277; Oser/Schönenberger, Vorbemerkungen zu Art. 143—150, N. 5; Entscheid des Basler App.-Ger. vom 13. Nov. 1923 in SJZ 21, S. 7 (8); Beck, Einleitung, N. 24 ff.

[38]) Antrag Müller, Amriswil, Kom. NR, 10./11. Jan. 1940, S. 23.

Auslegung. Nach der herrschenden Gerichtspraxis wird jedenfalls auch bei der Abgrenzung der Bürgschaft von der Kumulativschuldübernahme stets auf Bürgschaft erkannt, sobald das Rechtsgeschäft Interzessionscharakter hat[39]). Entscheidend wirken selbstverständlich die Umstände des Einzelfalles. Bei zweifelhafter Lage nimmt das Gericht eher Bürgschaft an[40]).

Die Gefahr, die dem Verpflichteten aus der Schuldmitübernahme droht, ist nicht so weittragend, wie die aus der Bürgschaft. Bei der Kumulativschuldübernahme sind Höhe und Umfang der Verpflichtung viel besser und sicherer erkennbar als bei der Bürgschaft. Der Schuldmitübernehmer sieht die Schuld, die er übernommen, klar vor sich. Er weiß, daß er auf alle Fälle haftet. Die Schuldmitübernahme ist darum vor allem psychologisch weniger gefährlich. Diese Erwägungen lassen es sicher einigermaßen rechtfertigen, daß die Kumulativschuldübernahme der Zustimmungspflicht nicht unterstellt wurde.

4. Durch *Eingehung einer Solidarschuld*[41]) kann die Bürgschaft umgangen werden. Zwei Personen schließen gemeinsam und solidarisch einen Vertrag mit einem Dritten. Ihre beiden Verpflichtungen sind selbständig, *von Anfang an nicht* akzessorisch im Gegensatz zur Schuldmitübernahme. Es ist jedoch auch hier nicht von Belang, ob die Vertragsparteien ihre Verpflichtung Solidarschuld nennen. Die Rechtsprechung richtet sich auch hier nach den Tatsachen. Wenn z. B. bei einem gemeinsamen Darlehen offensichtlich das Geld *nur einem* der »Solidarschuldner« zugedacht war, und der andere kein persönliches Interesse dartun kann, so liegt der *Sicherungszweck* eindeutig zutage und das Gericht wird auf Bürgschaft erkennen. Dennoch ist die Umgehungsgefahr nicht als gering zu bewerten.

5. Wirtschaftlich gleichlaufend mit der Bürgschaft ist der *Kreditauftrag* (OR Art. 408). Es besteht einmal der Unterschied, daß beim Kreditauftrag die Initiative vom Auftraggeber — dessen Stellung aber gleich ist wie die des Bürgen — ausgeht, während bei der Bürgschaft der umworbene Bürge eher der Passiv-Beteiligte ist. Die Hauptunterscheidung liegt im *Zweck*. Der Kreditauftrag will Kredit vermitteln, die Bürgschaft will die schon bestehende Forderung sichern.

In der Tat besteht aber eine *große Aehnlichkeit* zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag. Dies erhellt schon daraus, daß die Entwürfe des Obligationenrechts von 1875 und 1877 die beiden Institute im gleichen Titel zusammenfaßten[42]). Auch der heutige Artikel 408 OR verweist für die Haftung des Auftraggebers auf diejenige des Bürgen im Bürgschaftsrecht (OR Art. 499 ff.). Man darf sich daher mit Recht die Frage stellen, ob nicht vielleicht wegen der juristischen großen Aehnlichkeit der beiden Tatbestände auch für den Kreditauftrag dieselben Voraussetzungen verlangt werden sollten. Das Schweigen des Gesetzgebers in dieser Frage und seine ablehnende Haltung gegen-

[39]) Maday, a. a. O., S. 161 und die dort zitierten Entscheide.
[40]) BGE 66 II 26; dieser Ansicht ist auch Reichel, Hans, a. a. O., S. 261, 8.
[41]) Beck, Einleitung, N. 31; Guhl, BR, S. 33 f.; Gadmer, a. a. O., vor allem S. 19 ff.
[42]) Vgl. oben § 3, Anm. 5, S. 13.

über Vorstößen, die für andere rechtliche Verträge Zustimmung verlangten, läßt die Frage verneinen. Zudem verweist Art. 408 OR ausdrücklich nur für die Haftung des Auftraggebers auf das Bürgschaftsrecht, während andere rechtliche Probleme selbständig geregelt sind. Ferner erscheint es gar *nicht notwendig,* die Eingehung des Kreditauftrages zu erschweren, da es sich nicht um irgendwelche Personen handelt, die hier miteinander vertraglich tätig werden: Hier ist der Beauftragte *Vertrauensmann* des Auftraggebers und haftet für Sorgfalt und Treue nach den Mandatregeln [43]).

Es wäre nun wohl denkbar, daß aus Umgehungsabsichten eine Bürgschaft in den Kreditauftrag gekleidet würde, allerdings nur in Fällen, wo das Verhältnis Hauptschuldner—Gläubiger noch nicht besteht sondern erst begründet werden soll. Es ist dies aber kaum eine große Gefahr. Bis heute findet sich in der Judikatur des Bundesgerichtes kein Entscheid dieser Art, der eine Abgrenzung vornehmen mußte zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag. Und auch in Zukunft wird der Richter nach Würdigung sämtlicher Umstände ziemlich leicht erkennen, ob es sich bei den vertraglich Verbundenen um den Gegensatz Bürge—Gläubiger oder um das Vertrauensverhältnis Auftraggeber—Auftragnehmer handelt. Wenn aber der Gläubiger sehr große Gefahr läuft, daß das Gericht die wahre Natur des Vertrages erkennt, wird er es sich zweimal überlegen, ob er zu diesem Umgehungsmittel greifen will. Denn wenn der Richter auf Bürgschaft erkennt, so ist der ganze Vertrag nichtig, nicht allein wegen fehlerhafter Form sondern auch infolge mangelnder Zustimmung des Ehegatten.

6. Es wäre auch denkbar, daß ein Dritter, um der Zustimmungspflicht zu entgehen, statt eine Bürgschaft abzuschließen, dem Gläubiger ein *Pfand bestellt* oder mit ihm eine *Konventionalstrafe* vereinbart. Diese Tatsache wird kaum häufig eintreten, und wenn sie sich trotzdem ereignet, könnte dies eher als Erfolg des Gesetzes gebucht werden. Denn der Konventionalstrafe und dem Pfand wohnt nicht die gleiche Gefahr inne wie der Bürgschaft, da die Tragweite der Verpflichtung dem Belasteten viel deutlicher zum Bewußtsein gelangt [44]).
7. Andere Rechtsinstitute, die mit der Bürgschaft z. T. enge Beziehungen aufweisen, kommen als Umgehungstatbestände kaum oder nur in seltensten Fällen in Betracht, da sie meistens auf *ganz besondere Verhältnisse zugeschnitten* sind. Hiezu gehören die Gewährleistung des Zedenten (OR Art. 171), das Del-credere-Stehen des Kommissionärs (OR Art. 430), die Anweisung (OR Art. 466 ff.), die Kreditversicherung; auch die Leihe (OR Art. 805—818) wird kaum häufig als Ersatz für die Bürgschaft verwendet werden.
8. Schließlich besteht für den Kaufmann eine Möglichkeit, sich durch *Eintragung ins Handelsregister* von der Zustimmungspflicht zu befreien. Selbst wenn dies das einzige Motiv für den Eintrag wäre, so

[43]) Becker, Art. 408 N. 5/6.
[44]) Guhl, BR, S. 28 f.

läßt es der Gesetzgeber zu, sofern nur der, welcher den Eintrag verlangt, nach OR Art. 934, Abs. 2 hiezu berechtigt ist [45]).

Endlich ist es auch möglich für einen Betriebsinhaber, eine *fiktive Firma* zu gründen, um eintragungsberechtigt zu werden. Hier obliegt es dann dem prüfenden Beamten, zu untersuchen, ob die notwendigen Voraussetzungen wirklich vorhanden sind oder nicht.

9. Mit Hilfe von *Vorverträgen* oder durch formlose *Vollmachts-* bzw. *Auftragserteilung* läßt sich keine Umgehung bewerkstelligen [46]).

10. Grundsätzlich ist abschließend die Frage zu stellen, ob eine derartige Umgehung *zulässig* ist, und wenn nein, wie sie *positiv bekämpft* werden kann.

Maday [47]) unterscheidet eine bloß *tatsächliche Umgehung* und ein *juristisches agere in fraudem legis.* Während nach ihm die rein »tatsächliche Umgehung als äußerlicher Lebensvorgang« im Zweifel grundsätzlich erlaubt ist, spricht er von einem »allgemeinen Umgehungsverbot«, sobald das Rechtssubjekt durch die Umgehung rechtliche Vorschriften verletzt.

Diese Unterscheidung paßt sehr gut auf die Umgehungstatbestände des Bürgschaftsrechts. Wenn ein Ehegatte die Zustimmung seines Partners nicht einholen will, wenn er aus diesem Grunde, statt Bürgschaft zu leisten, sich wechselmäßig verpflichtet, so darf dies sicher keineswegs rechtswidrig genannt werden. Von zwei Rechtsinstituten hat er einfach dasjenige gewählt, das ihm besser zusagt. Tatsächlich ist damit der Schutz, den der Gesetzgeber mit Hilfe der Zustimmungsvorschrift beim Bürgschaftsabschluß aufrichten wollte, nicht erreicht. Aber es wäre unsinnig, rein aus der Erkenntnis heraus, daß durch die Bürgschaftsvorschriften der Schutz der Familie besser gewahrt ist, die Theorie zu verfechten, daß ein Ehegatte nun verpflichtet sei, anstatt eine Wechselverpflichtung eine Bürgschaft einzugehen [48]). Die einzige Möglichkeit, die Familie vor den noch schwereren Folgen z. B. einer solchen Wechselschuld zu schützen, besteht darin, die Ehegatten zu erziehen und aufzuklären, daß sie in wirklich notwendigen und gerechten Fällen *von ihrem Zustimmungsrecht weise Gebrauch machen.* Durch unüberlegtes und kleinlich-eigensinniges Nein-Sagen schaden sie sich und der ganzen Familie mehr als durch angemessenes, kluges Einwilligen.

Anders verhält es sich aber in Fällen, wo die Umgehung eindeutig Rechtsnormen verletzt. Wenn bei einem Rechtsgeschäft sämtliche Wesensvoraussetzungen der Bürgschaft gegeben sind, und es trotzdem äußerlich als Solidarschuldnerschaft, kumulative Schuldübernahme oder Garantievertrag aufgezogen wird, so ist dieses agere in fraudem

[45]) Vgl. oben § 6, S. 31.
[46]) Vgl. oben § 7 II, S. 42 f. und IV, S. 44.
[47]) Maday, a. a. O., S. 17.
[48]) Es wird dies kaum als zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstitutes betrachtet werden können. (Vgl. Siegwart, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Rektoratsrede, 1935, Freiburg, 1936, vor allem S. 27 ff.)

legis unerlaubt[49]). Die Folge ist klar: Da das vorliegende Rechtsgeschäft im wahren Sinne eine Bürgschaft ist, so fällt das ganze rechtliche Verhältnis dahin, weil zum Abschluß des Vertrages die Zustimmung des andern Ehegatten mangelte und dem Vertragschließenden daher die notwendige Fähigkeit fehlte.

11. Beim Ueberblicken obiger Ausführungen drängt sich vorerst unwillkürlich die Frage auf, ob die ganze Arbeit des Gesetzgebers und der große soziale Fortschritt im Bürgschaftsrecht durch die vielfältigen Umgehungsmöglichkeiten nicht in Frage gestellt seien. Eine gründliche Betrachtung der Umgehungsmöglichkeiten zeigt jedoch, daß die Gefahr nicht zu groß eingeschätzt werden darf. — Umgehungen werden zweifellos versucht und auch erreicht werden. Dies durfte aber den Gesetzgeber keineswegs davon zurückhalten, die Schutzvorschrift doch zu erlassen[50]). Eine andere, furchtsame Stellungnahme auf diesem Gebiet müßte letztlich jede Gesetzgebung unmöglich machen.

§ 16. Zustimmungsunfähigkeit des Ehegatten

Die für den Bürgschaftsabschluß notwendige Zustimmung kann nicht nur fehlen, weil sie der andere Ehegatte verweigert, sondern sicherlich ebenso oft aus dem Grunde, weil der zustimmungsberechtigte Eheteil überhaupt *nicht in der Lage ist, von seinem Recht Gebrauch zu machen.* Er kann der Handlungsfähigkeit ermangeln wegen Entmündigung oder wegen vorübergehender Fehler, er mag zur aktuellen Zeit abwesend oder gar verschollen sein. Wie ist in solchen Fällen zu entscheiden: Ist es für den andern Ehepartner nun überhaupt unmöglich, eine Bürgschaft einzugehen, oder wirkt im Gegenteil ein solcher Umstand für ihn befreiend?

I. Wer die Lösung dieser Frage im Gesetze sucht, wird zu keinem Ergebnis gelangen. Nirgends findet sich ein Hinweis auf dieses wichtige Problem. Den richtigen Ausweg muß die Rechtswissenschaft aufzeigen. Dies nicht etwa, weil die einschlägigen Probleme die beratenden Kommissionen gar nicht beschäftigt hätten — sie haben ihnen im Gegenteil sehr viele Arbeit verursacht —, sondern aus dem Grunde, weil sie über das Grundproblem des ganzen Fragenkomplexes nicht einig wurden. Doch geben die Protokolle der Kommissionsberatungen trotzdem wichtige Aufschlüsse, indem sie klar darlegen, welche Lösungsmöglichkeiten der Gesetzgeber ausdrücklich *verwirft.*

Höchst interessant ist ein Vorstoß Aeby in der nationalrätlichen Kommission während der ersten Differenzenbereinigung[1]). Er schlägt vor, die Zustimmung *nur für jene Fälle* zu verlangen, wo der *Zustimmungsberechtigte Urteilsfähigkeit besitze.* Wäre dieser urteilsunfähig, besäße

[49]) Es kann hier der Tatbestand der Simulation erfüllt sein oder nicht, je nachdem die Parteien das angeführte Rechtsgeschäft wirklich schließen wollen oder nur vorgeben, es einzugehen. Siegwart, a. a. O., S. 21 ff.; Maday, a. a. O., S. 13 ff.

[50]) Vgl. die Ausführungen von Iten, Bull. StR, April 1940, S. 299.

[1]) Kom. NR (I. Db.), 18. Okt. 1940, S. 6/7.

der bürgende Ehegatte ohne weiteres die Möglichkeit, sich frei zu verbürgen. Die Kommission lehnte den Antrag ab. In der folgenden nationalrätlichen Kommissionssitzung wurde ein neuer gleichgerichteter Vorschlag Müller, Amriswil, verworfen [2]). Während er die Ansicht vertrat, das *Zustimmungsrecht sei höchstpersönlich* und könne daher nicht von einem Vertreter ausgeübt werden, herrschte bei der Kommissionsmehrheit die gegenteilige Ansicht vor. Sie wollte eine vormundschaftliche Einmischung ermöglichen. Und doch fand sie auch diese Stellungnahme nicht befriedigend. Noch in der gleichen Sitzung kam sie zum Schluß, die Lösung dieser Frage dem Richter anheimzustellen. Das Gericht solle entscheiden, ob es sich um ein höchstpersönliches Recht handle oder nicht [3]). Die Kommission ließ darum die Frage bewußt offen.

II. Die Lösung des ganzen Fragenkomplexes hängt wirklich lediglich von diesem Kernproblem ab. Ist das Zustimmungsrecht *höchstpersönlich,* dann ist *jede Vertretungsmöglichkeit ausgeschlossen.* Die endgültige Entscheidung wird hier erst die zukünftige Rechtssprechung bringen. Höchstwahrscheinlich wird sie sich jedoch der Ansicht anschließen, es handle sich hier *nicht* um ein *höchstpersönliches Recht.*

Die höchstpersönlichen Rechte heißt Art. 19 ZGB Rechte, die den Rechtssubjekten »um ihrer Persönlichkeit willen zustehen«. Nur diese allein können daher solche Rechte ausüben. So sind z. B. Eheanfechtung (ZGB Art. 123 f.), die Entscheidung in Fragen des religiösen Bekenntnisses (ZGB Art. 277, Abs. 3) und das Recht, ein Testament zu errichten (ZGB Art. 467) zweifellos höchstpersönliche Rechte [4]). Denn sie sind so geartet, daß es undenkbar wäre, eine andere Person mit ihrer Ausübung zu betrauen. Sie sind so mit dem Träger verbunden, daß eine Loslösung von ihm gänzlich ausgeschlossen ist. Kann der Träger selbst das Recht nicht ausüben, so fällt es dahin.

Das Zustimmungsrecht jedoch ist vom Gesetzgeber geschaffen worden, »einzig um die unabhängige Beurteilung der Auswirkungen einer vorgesehenen Bürgschaft für den Ehegatten und die Familie des Bürgen« sicherzustellen. Es setzt dies in erster Linie ein Abwägen und Ueberblicken der finanziellen Lage des Bürgen voraus, eine Tätigkeit, zu der auch ein Vertreter des zustimmungsberechtigten Ehegatten befähigt sein dürfte. Die grundsätzliche Annahme, daß es sich um kein höchstpersönliches Recht handelt [5]), ermöglicht eine befriedigende Abklärung aller

[2]) Kom. NR (II. Db.), 7./8. Febr. 1941, S. 8.
[3]) Kom. NR (II. Db.), 7./8 Febr. 1941, S. 9.
[4]) Vgl. Egger, Art. 19 N. 8 ff.; Kaufmann, Art 407 N. 14 ff.
[5]) Schönenberger, Art. 494 N. 32; gleicher Ansicht: Giovanoli, Art. 494 N. 15. Schönenberger beruft sich aber nicht ganz zu Recht auf die Meinung des Gesetzgebers. Wohl sprach der Nationalrat in der Frühjahrssession 1941 (Bull. S. 7—10) von einem gesetzlichen Vertreter. Diese Formel des Gesetzes entstammte jedoch der nationalrätlichen Kommission, die trotz des *absichtlichen Offenlassens* der Frage, ob es sich um ein höchstpersönliches Recht handle oder nicht (Kom. NR, II. Db., S. 9) bei der Formulierung des Gesetzes wohl *irrtümlicherweise* wieder den gesetzlichen Vertreter nannte (Kom. NR, II. Db., S. 15). Daß diese Stellungnahme nicht der Wille des Gesetzgebers war, geht schon daraus hervor, daß in der nächsten Kommissionssitzung auf einen neuerlichen Vorstoß Holenstein der Präsident er-

einschlägigen Probleme. Denn damit ist die Frage eindeutig bejaht, daß für den Ehegatten, der seine Zustimmung nicht geben kann, ein Dritter — sei es nun ein gesetzlicher oder ein vom betreffenden Ehegatten bevollmächtigter Vertreter — handeln kann.

III. Wohl der häufigst vorkommende Fall der Zustimmungsunmöglichkeit ist der aus Gründen *fehlender Handlungsfähigkeit*. Dann tritt an Stelle des berechtigten Ehegatten *der Vormund*. Da das Gesetz ausdrücklich nichts erwähnt, wird diese Handlung des Vormundes nicht der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde unterliegen. Die Aufzählung von ZGB Art. 421 ist zwar nicht abschließend, wohl aber die des gesamten ZGB[6]). Es darf sicher auch nicht durch Analogie mit einem der Punkte des Art. 421 geschlossen werden, daß im vorliegenden Falle noch die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde hinzutreten müsse, obwohl »neben dem Wortlaut auch der Zweck der Vorschrift zu berücksichtigen« ist[7]). Während es sich aber bei sämtlichen Tatbeständen des Art. 421 um *persönliche Verpflichtungen* des Mündels handelt, wird bei der Zustimmung zur Bürgschaft der Bevormundete keineswegs verpflichtet.

Es kann nun sehr wohl möglich werden, daß gemäß ZGB Art. 380 *der Ehegatte selber* mit der Vormundschaft über den entmündigten Ehepartner betraut wird. In diesem Fall wäre die Person des Bürgenden und diejenige des Zustimmenden identisch und damit der vom Gesetz aufgestellte Schutz des Ehegatten wieder hinfällig. Es dürfte damit jedoch der Tatbestand des Art. 392, Ziff. 2 erfüllt sein, denn hier hat der gesetzliche Vertreter des entmündigten Ehegatten zweifellos Interessen, »die denen des Vertretenen zuwiderlaufen«. Es kann sich niemand selber eine Zustimmung erteilen. Der Ehegatte als Vormund, der sich verbürgen will, würde darum ohne Zaudern zur Bürgschaft schreiten, während die Interessen des Mündels dahin gehen, die Bürgschaft vielleicht zu verhindern, zum mindesten aber einer vorgängigen vom Zustimmungspflichtigen unabhängigen Prüfung zu unterziehen. In diesem Fall müßte an Stelle des Vormundes *ein Beistand* treten.

Die Zulässigkeit des Vormundes bei der Zustimmungserteilung ist schon während der parlamentarischen Beratung angefochten worden mit dem Hinweis auf *Art. 408 ZGB*. Es wurde geltend gemacht, daß die Annahme der Vertretungsmöglichkeit des Bevormundeten Art. 408 ZGB widerspreche[8]). Diese Ansicht dürfte kaum richtig sein. Art. 408 ZGB erklärt ausdrücklich: »Zu Lasten des Bevormundeten dürfen keine Bürgschaften eingegangen... werden.« Durch die Zustimmung wird aber keineswegs der Bevormundete belastet. Die Zustimmung des Ehegatten oder dessen Vertreters hat nie zur Folge, daß er nun mit der Bürgschaft des sich verpflichtenden Teils rechtlich mitverbunden ist[9]).

klärte, sie hätten diese Frage *bewußt offen gelassen* (Kom. NR, III. Db., 1. Sept. 1941, S. 5).

[6]) Vgl. vor allem ZGB Art. 282; Art. 398, Abs. 3; Art. 401, Abs. 1; Art. 404, Abs. 2. Vgl. Kaufmann. Art. 421 N. 13.

[7]) Vgl. Kaufmann, Art. 421 N. 13.

[8]) Kom. NR (II. Db.), 7./8. Febr. 1941, S. 8.

[9]) Schönenberger, Art. 494 N. 32.

Es ist noch die Frage abzuklären, ob der *negative Entscheid des Vormundes weitergezogen werden kann* an die Vormundschaftsbehörde. Während der gesetzlichen Beratung hatte der Nationalrat in der Frühjahrssession 1941 [10]) beschlossen, nicht nur die Verweigerung der Zustimmung durch den Ehegatten, sondern auch eine unbegründete Verweigerung durch den gesetzlichen Vertreter richterlich entscheiden zu lassen. Bei der nächsten Beratung im Herbst 1941 sah der Rat jedoch davon ab und folgte damit der Ansicht des Ständerates, es sei das kleinere Uebel, wenn die Bürgschaft unterbleibe, als wenn die beiden Ehegatten miteinander vor den Richter träten [11]). Damit wurde die ganze Bestimmung gestrichen und so bestand auch für das Weiterziehen der Zustimmungsverweigerung durch den Vormund kein eigenes Rechtsmittel mehr. Dennoch paßt hier die Begründung des Rates nicht. Während er eine richterliche Auseinandersetzung der Ehegatten mit vollem Recht möglichst vermeiden wollte, ist nicht einzusehen, warum eine solche zwischen dem Ehegatten und dem Vormund des andern Teils unbedingt unterbunden werden sollte. Zwischen diesen Personen besteht *nicht das enge Verhältnis* wie zwischen zwei Ehegatten. Durch rechtliche Auseinandersetzungen zwischen ihnen werden nicht der Friede und das Glück der Familie zerstört. Allerdings steht zu diesem Zweck — in Ermangelung eines eigenen Rechtsmittels — nur eine eventuelle *Möglichkeit des Vormundschaftsrechts* offen. Während ein Weiterziehen der Verweigerung des Ehegatten mit familienrechtlichen oder allgemeinen (ZGB Art. 2) Rechtsmitteln aber nicht oder nur ausnahmsweise angängig ist [12]), *darf hier* zweifelsohne — im Falle der Existenz einer solchen rechtlichen Möglichkeit — *der Rechtsweg beschritten werden.*

Diesen Ausweg scheint Art. 420 in der Tat zu geben: »Gegen die Handlungen des Vormundes kann der Bevormundete, der urteilsfähig ist, sowie jedermann, *der ein Interesse hat,* bei der Vormundschaftsbehörde Beschwerde führen.« Es frägt sich lediglich, wie diese Rechtsvorschrift auszulegen ist. Der Artikel bezweckt zweifellos, die richtige Amtsführung des Vormundes sicherzustellen. Er ist geprägt *zum Schutz all jener Interessen, die »durch die Vormundschaft geschützt werden sollen«* [13]). Dies sind in erster Linie diejenigen des Mündels selbst, dann eventuell solche dessen Familie und der Umgebung. Wollte der bürgende Ehegatte dieses Beschwerderecht anwenden, so obläge ihm der Beweis, daß durch die Zustimmungsverweigerung dem Mündel selbst oder der Familie ein wirklicher Schaden erwachse. Dieser Nachweis wird sehr schwer zu erbringen sein, so daß — obwohl grundsätzlich angängig — ein Erzwingen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Entmündigten kaum praktisch werden wird.

IV. Die *Unmöglichkeit,* die Zustimmung zu erteilen, kann *vorübergehend aus verschiedenen Gründen herrühren.* Vor allem ist zu erwähnen die *Abwesenheit* und die *Krankheit.* Auch in diesen Fällen gibt das Gesetz

[10]) Bull. NR, 24. März 1941, S. 8.
[11]) Bull. NR, 22. Sept. 1941, S. 214; vgl. Schönenberger, Art. 494 N. 32.
[12]) Vgl. oben, § 15 I, S. 80 f.
[13]) Kaufmann, Art. 420, N. 13.

eine Lösung. Art. 392, Ziff. 1 erklärt: »Auf Ansuchen eines Beteiligten oder von Amtes wegen ernennt die Vormundschaftsbehörde einen *Beistand* ..., wenn eine mündige Person in einer dringenden Angelegenheit infolge von Krankheit, Abwesenheit oder dergleichen weder selbst zu handeln noch einen Vertreter zu bezeichnen vermag.«

1. Es scheiden also von Anfang an zwei Fälle aus:

   a) Wenn die betreffende Person *einen Vertreter bezeichnen kann,* wird *kein Beistand* ernannt. Ist man zum Schluß gekommen, daß das Zustimmungsrecht nicht zu den höchstpersönlichen Rechten gehört [14]), so ist damit nicht nur die Zulässigkeit der gesetzlichen Vertretung bejaht, sondern auch die *Vollmachterteilung des Ehegatten* des Bürgen an einen Vertreter. Dies darf bei der Zustimmungserklärung um so eher bejaht werden, als sogar die Stellvertretung des direkt beteiligten Bürgen vom Gesetze zugelassen wird [15]). Damit aber das Ziel, das die Zustimmungsvorschrift verfolgt, nicht gefährdet wird, gelten selbstverständlich auch hier die ausführlichen Maßnahmen, die der Gesetzgeber für die Wirksamkeit der Zustimmung für nötig erachtet hat. Die Ermächtigung hat schriftlich [16]), im einzelnen Fall [17]) und unter Bezugnahme auf die in Frage stehende Bürgschaft [18]) zu erfolgen. Damit verliert die Vollmachterteilung für die Einwilligungserklärung ihre Bedeutung, da in den meisten Fällen die direkte Zustimmung ebenso einfach sich gestaltet wie die Bevollmächtigung.

   b) Wenn der Zustimmungsberechtigte trotz Krankheit oder Abwesenheit selber zu handeln vermag, fällt die Beistandernennung ebenfalls dahin. Solange der Kranke noch bei Bewußtsein und bei genügenden Kräften ist, wird er darum die Zustimmung selber erteilen müssen. — Bei Abwesenheit des Zustimmungsberechtigten wird kein Beistand ernannt werden, wenn trotz großer Entfernung die Zustimmung vom abwesenden Ehegatten innert nützlicher Frist erhältlich ist [19]). Die Schwierigkeiten werden noch weitgehend behoben durch OR Art. 13, Abs. 2, der festhält, daß bei telegraphischer Uebermittlung die schriftliche Form als gewahrt gilt, wenn »die Aufgabedepesche die Unterschrift derjenigen trägt, die sich verpflichten« [20]).

2. Zur Verbeiständung ist ganz allgemein notwendig eine *dringende Angelegenheit.* Der Sinn dieses Wortes [21]) will besagen, daß es drängt. Die Angelegenheit erträgt keinen Aufschub.

   Daraus ergibt sich, daß nicht in jedem Fall zum Zwecke der Zustimmung bei Eingehung einer Bürgschaft ein Beistand ernannt wird.

---

[14]) Vgl. oben II, S. 91.

[15]) Schönenberger, Art. 494 N. 33; Art. 492 N. 81; Art. 493 N. 74/8; Giovanoli, Art. 494 N. 14.

[16]) Vgl. oben § 11, S. 60 ff.; Schönenberger, Art. 494 N. 33 und 29.

[17]) Vgl. oben § 10, S. 58 ff.; Schönenberger, Art. 494 N. 33 und 24.

[18]) Vgl. oben § 12, S. 63 ff.; Schönenberger, Art. 494 N. 33 und 30.

[19]) Anderseits ist für die Verbeiständung nicht notwendig unbekannter Aufenthalt und große Entfernung verlangt. Vgl. Kaufmann, ZGB Art. 392 N. 14.

[20]) Oser/Schönenberger Art. 13 N. 16.

[21]) Vgl. auch Kaufmann, Art. 392 N. 8.

Der die Verbeiständung fordernde Teil wird also dartun müssen, daß die verlangte Dringlichkeit wirklich vorhanden ist.

3. Wenn aber die erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind, so wird die Vormundschaftsbehörde einen Beistand ernennen, in dessen Macht es nun liegt, die geforderte Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern. Auch seine Handlungsweise hat sich nach den Interessen des Vertretenen zu richten.

V. Ein weiterer Fall der Zustimmungsunfähigkeit besteht bei *Verschollenheit* eines Ehegatten. Solange die Verschollenheitserklärung vom Richter noch nicht erlassen wurde, wird das Problem gleich gelöst wie bei einfacher Abwesenheit: Verbeiständung tritt ein.

Eine neue Lösungsmöglichkeit muß jedoch gefunden werden, sobald die richterliche Erklärung vorliegt. ZGB Art. 38, Abs. 1 erklärt: »... so wird der Verschwundene oder Abwesende für verschollen erklärt, und es können die aus seinem Tode abgeleiteten Rechte geltend gemacht werden, wie wenn der Tod bewiesen wäre.« Ihm steht aber ZGB Art. 102 entgegen, der bestimmt: »Ist ein Ehegatte für verschollen erklärt, so kann der andere Ehegatte eine Ehe nur eingehen, wenn die frühere Ehe gerichtlich aufgelöst worden ist.« Es stellt sich daher die Frage: Gilt die Ehe auch in bezug auf die Zustimmungspflicht des Art. 494 als fortbestehend, oder hat der Ehegatte des verschollen Erklärten das Recht, aus dieser Verschollenheitserklärung für sich die Freiheit von der Zustimmung abzuleiten, wie er das könnte im Todesfall seines Ehepartners.

Der Vergleich der beiden Artikel rechtfertigt den Schluß, daß bei Verschollenheitserklärung der zurückgebliebene Ehegatte *von der Zustimmung befreit ist:* Art. 38 knüpft an die Verschollenheitserklärung eine eigentliche *Todesvermutung* [22]). Diese Vermutung wirkt jedoch nicht auf den Bestand der geschlossenen Ehe (ZGB Art. 102). Für den Fall, daß der Zurückgebliebene wieder heiraten will, hat er vorher die Ehe gerichtlich lösen zu lassen. Diese Ausnahme ist notwendig. Denn wenn der zurückgebliebene Teil einzig auf Grund der Todesvermutung eine Ehe eingehen könnte, so würde ja nach Rückkehr des ersten Ehegatten die Vermutung umgestoßen und die auf Grund von ihr geschlossene Ehe wäre ungültig [23]). Das heutige Recht will aber die zweite Ehe schützen. Darum diese Lösung.

Abgesehen von dieser einzigen Ausnahme entstehen aber sämtliche Wirkungen wie beim Tode des einen Ehegatten: Beendigung der elterlichen Gewalt; Beendigung der Beistandschaft, die für den Verschollenen eingesetzt worden ist; Beendigung der aktiven Erbfähigkeit (ZGB Art. 548); Eröffnung des Erbganges in seinen Nachlaß, was immer die güterrechtliche Liquidation voraussetzt usw. [24]). Wenn die güterrechtlichen Normen dahinfallen, wenn die Beistandschaft aufgelöst wird — wo doch der Beistand als einziger befugt wäre, die Zustimmung an Stelle des Verschwundenen zu erteilen —, so ist zweifellos die Annahme berechtigt,

[22]) Egger, Art. 38 N. 2.
[23]) Egger, Art. 102 N. 1. Er verweist auf entsprechende Lösung im kanonischen, gemeinen, österreichischen Recht und auf das BGB.
[24]) Egger, Art. 38 N. 3.

daß der zurückgebliebene Ehegatte auch von der Zustimmungspflicht befreit ist. Wenn der Sinn des Gesetzes schon dahingeht, daß sämtliche Rechte aus der Verschollenheitserklärung abgeleitet werden können mit Ausnahme eben einzig des Art. 102 ZGB, so ist es keineswegs gerechtfertigt, hier eine weitere Ausnahme hineinzuinterpretieren.

Noch eine weitere Eigentümlichkeit ist bei der Verschollenheit von Interesse. Während z. B. Bürgschaften, die vor der Ehescheidung oder vor dem erfolgten Eintrag ins Handelsregister ohne Zustimmung des Ehegatten eingegangen wurden, infolge fehlender Handlungsfähigkeit gar nicht zustandegekommen sind, so ist das bei der Verschollenheitserklärung nicht der Fall. Art. 38, Abs. *2* verfügt, daß die Wirkung der Verschollenerklärung auf den Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht zurückbezogen wird. Darum sind Bürgschaften, die in der entsprechenden Zwischenzeit abgeschlossen wurden, gültig zustandegekommen.

Wie steht es mit den eingegangenen Bürgschaften, wenn der Verschollene später wieder *zurückkehrt?* Da im Gesetz kein derartiger oder ähnlicher Tatbestand geregelt ist — es spricht nur von den vermögensrechtlichen Ansprüchen des Zurückgekehrten —, muß diese Frage nach allgemeinen Gesichtspunkten gelöst werden. Das Gesetz bietet hiezu eine Handhabe. Wenn es in Art. 547, Abs. 1 erklärt, daß die in die Erbschaft des Verschollenen Eingewiesenen bei dessen Rückkehr nach den Besitzesregeln zurückzugeben hätten, so ist damit gesagt, daß sich die ganze Frage der Rückgabe nach dem *guten oder bösen Glauben* der Eingewiesenen richten müsse.

Dieser allgemein gültige Grundsatz muß auch hierin Klarheit verschaffen. Es ist daher gewiß nicht abwegig, anzunehmen, daß Bürgschaften, die der Gläubiger und der zurückgebliebene Ehegatte im guten Glauben an die Verschollenheit des Ehegatten abgeschlossen haben, wirksam bleiben. Ja, es genügt sicher sogar der gute Glaube des Gläubigers. *Er* hat den Beweis für die Gültigkeit der Bürgschaft zu erbringen, *er* muß die rechtsgenügliche Zustimmung des Ehegatten darlegen. Wenn nun aber der Bürge mit der richterlichen Verschollenheitserklärung beweist, daß er der Zustimmung nicht mehr bedarf, so darf der Gläubiger zweifellos dieser mit erhöhter Beweiskraft (ZGB Art. 9) ausgestatteten öffentlichen Urkunde vertrauen. Die Bürgschaft ist als gültig anzusehen.

Wenn aber der Gläubiger genau weiß, daß der andere Ehegatte nicht verschollen ist, so wird diese Bösgläubigkeit zweifellos auch der Bürgschaft schaden. Der Vertrag ist nicht zustandegekommen.

3. Abschnitt

§ 17. Die Anwendung der Bestimmung im intertemporalen und internationalen Recht

Bei der Anwendung der neuen Schutzvorschrift des Art. 494, Abs. 1—3, der den Abschluß der Bürgschaft von der Zustimmung des Ehegatten abhängig macht, läßt es sich nicht umgehen, die Probleme des intertemporalen und internationalen Rechts kurz zu beleuchten. Jedesmal, wenn ein neues Gesetz entsteht, wirft sich die Frage nach dem *zeitlichen* und *räumlichen Anwendungsbereich* auf.

I. Die Zustimmungspflicht im *intertemporalen Recht:* In der Erkenntnis, daß die allgemeinen Uebergangsbestimmungen des ZGB für die Lösung der intertemporal-rechtlichen Probleme des neuen Bürgschaftsrechts nicht genügen würden, hat der Gesetzgeber im Anschluß an den revidierten Titel »Die Bürgschaft« *eigene Uebergangsbestimmungen* geprägt. Dabei hatte er *keineswegs* die Absicht, die Grundsätze des Schlußtitels des ZGB für das neue Bürgschaftsrecht zu *ersetzen;* die neuen Uebergangsbestimmungen intertemporalen Charakters haben lediglich *ergänzende* Bedeutung [1]).

Der erste Grundsatz der Uebergangsbestimmungen, daß Bürgschaften, die erst nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes geschlossen wurden, der Zustimmungsvorschrift unterstehen, ist klar.

Die intertemporale Frage, die der Schlußtitel des ZGB und vor allem die besonderen Uebergangsbestimmungen des Bürgschaftsrechts beantworten müssen, ist die: Gewinnt die Vorschrift von der Zustimmungspflicht des Ehegatten Bedeutung für Bürgschaften, die schon vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts, also vor dem 1. Juli 1942, geschlossen wurden, oder bleiben diese vom neuen Gesetzeserfordernis völlig unberührt.

Die Grundthese, welche die Uebergangsbestimmungen in gleicher Weise wie Art. 1, Schlußtitel ZGB, aufstellen, ist die der *Nicht-Rückwirkung des Gesetzes:* Auf Bürgschaften, die vor dem 1. Juli 1942 geschlossen wurden, gewinnt die Zustimmungsklausel grundsätzlich keinen Einfluß. Die Bürgschaft bleibt bestehen ohne Neubegründung mit Zustimmung des Ehegatten [2]), denn zur Zeit des Bürgschaftsabschlusses war der Ehegatte in seiner Bürgschaftsfähigkeit nach altem Recht nicht beschränkt.

Das Gesetz schafft jedoch eine wichtige Ausnahme: Hinsichtlich der *später eintretenden Tatsachen* unterliegt die Bürgschaft *dem neuen Recht* und somit der Zustimmungspflicht. Was das Gesetz mit diesen »Tatsachen« meint, umschreibt es genauer in Ziff. 2 der Uebergangsbestimmungen, wenn es bestimmt, daß die Vorschriften des Art. 494 auf alt-

[1]) Giovanoli, Uebergangsbestimmungen, N. 1—3; Aeby, Bull. NR, Februar 1940, S. 157.

[2]) Giovanoli, Uebergangsbestimmungen, N. 6; Guhl, BR, S. 137.

rechtliche Bürgschaften nur anwendbar seien, soweit sie sich auf *nachträgliche Aenderungen* beziehen. Aber auch so kann nicht jede Aenderung damit gemeint sein. Die Frage, welche Aenderungen erfaßt werden sollen, beantworten die Normen des Art. 494. Nach ihm sind bürgschaftliche Aenderungen zustimmungspflichtig, wenn »der Haftungsbetrag erhöht oder eine einfache Bürgschaft in eine solidarische umgewandelt werden soll, oder wenn die Aenderung eine erhebliche Verminderung der Sicherheiten bedeutet«[3]). Dies muß daher auch für die intertemporale Rechtsanwendung Gültigkeit haben. Altrechtliche Bürgschaften unterstehen der Zustimmungspflicht also lediglich dann, wenn sie unter der Herrschaft des neuen Rechts nach einer oben erwähnten Art abgeändert werden.

Sämtliche übrigen Aenderungen der altrechtlichen Bürgschaft, bedeuten sie nun für den Bürgen eine Erleichterung oder eine Erschwerung, haben mit der Zustimmungsvorschrift nichts zu schaffen. Auch tatsächliche Aenderungen, z. B. plötzliches Akutwerden der Haftung bei Amts- oder Dienstbürgschaften oder Kreditgewährung des Gläubigers an den Hauptschuldner bei Bürgschaften für zukünftige Schulden[4]), sind für den Bürgen verbindlich, ohne daß sein Ehegatte ein Mitspracherecht geltend machen könnte.

Die intertemporal-rechtlichen Fragen bereiten in bezug auf Art. 494 über die Zustimmung des Ehegatten keine besondern Schwierigkeiten.

II. *Die Zustimmungspflicht im internationalen Recht:* Zur Abklärung dieser Fragen wird die Unterscheidung der Zustimmungsvorschrift von den Formvorschriften beim Bürgschaftsabschluß aktuell[5]). Die Zustimmung des Ehegatten ist keine Formvorschrift, sondern gehört zum *materiellen Recht*[6]). Es sind daher die international-privatrechtlichen Normen in bezug auf die Form des Vertrags, die lex causae oder die Regel des »locus regit actum«[7]) *nicht anwendbar.* Aber auch die materiell-rechtlichen Vorschriften des internationalen Privatrechtes, die auf die Entstehung der Verträge Bezug nehmen, nämlich das Recht des Abschlußortes[8]), findet hier keine Anwendung. Denn die zur Bürgschaftseingehung notwendige Bürgschaftsfähigkeit ist ein *Unterbegriff der Handlungsfähigkeit*[9]). Darum richtet sich im internationalen Privatrecht Art. 494 nach besonderen Regeln:

Für die Frage der Handlungs- vor allem der Verpflichtungsfähigkeit ist maßgebend das Bundesgesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891/10. Dezember 1907 (ZivrVerhGes.). Die Frage findet ihre Abklärung im Grundsatz, daß für die Bürgschaftsfähigkeit nicht auf die für den Abschlußort gül-

[3]) Vgl. oben § 8, S. 45 ff.
[4]) Vgl. oben § 1, S. 2 und Anm. 9.
[5]) Vgl. oben § 14, S. 76 f.
[6]) Beck, Einleitung, N. 57.
[7]) Oser/Schönenberger, Allgemeine Einleitung, Bd. V 1, N. 43—46.
[8]) Schönenberger, Vorbemerkungen zu Art. 492—512, N. 33; Oser/Schönenberger, Allg. Einleitung, N. 71—78.
[9]) Vgl. oben § 14 I, S. 76; ferner Schönenberger, Vorbemerkungen, N. 34 und die dort Zitierten.

tigen Normen abgestellt wird, sondern entscheidend ist hier das *Recht der Heimat* oder dasjenige des *Wohnsitzes des Bürgen.* Und zwar ist maßgebend das Heimat- bzw. Wohnsitzrecht *nur des Bürgen*[10]), da nur er beim Vertragsabschluß ohne Zustimmung des Ehegatten dieser speziellen Geschäftsfähigkeit ermangelt.

1. Klar liegt das Problem bei Bürgschaften, die *Ausländer, die außerhalb der Schweiz ihren Wohnsitz haben,* miteinander schließen. Ihre Bürgschaften werden von der schweizerischen Bestimmung über die Zustimmungspflicht *in keiner Weise beeinflußt,* wenn sie auch zufällig auf Schweizerboden — vielleicht auf der Durchreise — geschlossen werden. — Desgleichen unterstehen *in der Schweiz wohnhafte Schweizerbürger* der Zustimmungsvorschrift *stets.* Es nützt sie also nichts, zu Umgehungszwecken während des Vertragsabschlusses Schweizerboden zu verlassen. Sie bleiben zustimmungspflichtig.
2. Das Verhältnis für den *im Ausland wohnenden Schweizer* richtet sich nach Art. 28 ZivrVerhGes. Dieser bestimmt, daß sie in bezug auf ihre personenrechtlichen Verhältnisse nach Maßgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht unterworfen seien (Ziff. 1)[11]). Nur wenn der fremde Staat sie nicht seinem Gesetz unterwerfe, unterständen sie dem Heimatrecht (Ziff. 2). Auch dieses Verhältnis dürfte damit genügend geklärt sein: Im Ausland wohnhafte Schweizer bedürfen für den Bürgschaftabschluß nirgends — ausgenommen sie unterstehen dem Heimatrecht (Ziff. 2) — der Zustimmug des Ehegatten, da in keinem andern Staate eine derartige Gesetzesvorschrift besteht[12]).
3. Der Abklärung bedarf noch die Stellung der *Ausländer,* die *in der Schweiz wohnhaft sind.* Nach welchem Recht richtet sich ihre Handlungsfähigkeit? Der dritte Titel ZivrVerhGes., der von den zivilrechtlichen Verhältnissen der Ausländer in der Schweiz spricht, schweigt sich darüber aus. Art. 34 verweist auf die Bestimmungen des Art. 10, Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881. Dieses Gesetz verwies in Art. 10, Abs. 2 für die Handlungsfähigkeit der Ausländer in der Schweiz auf deren Heimatrecht[13]). Durch Art. 60 der Einführungs- und Uebergangsbestimmungen des ZGB wurde aber dieses Gesetz außer Kraft erklärt. Jedoch gibt Art. 59 der Einführungs- und Uebergangsbestimmungen des ZGB wertvolle Aufschlüsse durch die Ergänzung des Art. 7 des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter. Er klärt die Frage der Handlungsfähigkeit der Ausländer in der Schweiz zwar nicht direkt ab. Aber

[10]) Vgl. Beck, Die Bürgschaft im internationalen Privatrecht der Schweiz. ZbJV, 1935, S. 523.

[11]) Schönenberger, Vorbemerkungen, N. 34; Oser/Schönenberger, Allgemeine Einleitung, N. 36.

[12]) Vgl. oben § 3, S. 17.

[13]) Vgl. Escher, Das schweiz. interkant. Privatrecht auf Grund des Bundesgesetzes betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (vom 25. Juni 1891), Zürich, 1895, S. 107.

die Regelung des Art. 7 b ist so gehalten, daß man durch Interpretation zu einer eindeutigen Lösung gelangt [14]). Nach lit. b des erwähnten Artikels kann sich »ein handlungs*un*fähiger Ausländer, der in der Schweiz ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat«, »auf seine Unfähigkeit nicht berufen, wenn er nach schweizerischem Recht zur Zeit des Abschlusses handlungsfähig gewesen wäre« (Abs. 1). »Auf familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte, sowie auf solche, durch die über ein im Ausland liegendes Grundstück verfügt wird, findet diese Vorschrift keine Anwendung« (Abs. 2). Also kann er sich in diesen Fällen auf sein Heimatrecht berufen. Abs. 1 ist eine Ausnahme, Abs. 2 die Ausnahme der Ausnahme, die Abs. 1 wieder negiert. Abs. 2 von Art. 7 b geht also stillschweigend davon aus, daß sich grundsätzlich die Handlungsfähigkeit nach Heimatrecht richtet [15]).

Die Betrachtung der Ausnahme von lit. b Art. 7 hat jedoch gerade für den vorliegenden Fall Bedeutung. Der Ausländer kann sich bei Rechtsgeschäften — also auch bei einer Bürgschaft — nicht auf das Gesetz seiner Heimat berufen, nach welchem er handlungsunfähig wäre. *Er untersteht also der schweizerischen Norm.* Anderseits muß er aber, wenn er sich bürgschaftlich verpflichten will, auch den vom schweizerischen Gesetz aufgestellten Schutzvorschriften unterziehen; er bedarf daher nach schweizerischem Wohnsitzrecht der für den Bürgschaftsabschluß notwendigen speziellen Bürgschaftsfähigkeit. Da Art. 494 grundsätzlich die Bürgschaftsfähigkeit der Ehegatten im Bürgschaftswesen einschränkt, kommt er auf alle in der Schweiz Wohnhaften zur Anwendung [16]).

Zum gleichen Schluß gelangt man aus Gründen des *ordre public* [17]). Es liegt selbstverständlich hierüber noch keine Judikatur des Bundesgerichtes vor. Aber aus einem Entscheid des obersten Gerichtshofes in bezug auf die formellen Erfordernisse bei der Bürgschaft [18]) läßt sich zweifellos diese Folgerung ableiten. In diesem Urteil erklärt das Bundesgericht wörtlich: »Die Vorschrift (Art. 493 aOR) bezweckt den *Schutz des Bürgen* vor unüberlegter Eingehung von Bürgschaften und ist daher als ein Rechtssatz der schweizerischen öffentlichen Ordnung zu betrachten [19]).« Die neue Vorschrift des Art. 494 verfolgt den gleichen Zweck mit ungleich schärferen Mitteln und muß daher um so eher als »*Rechtssatz der öffentlichen Ordnung*« betrachtet werden. Wenn auch für den übrigen Vertrag ausländische Normen zur Anwendung gelangen sollten, so wäre die Zustimmungsvorschrift von Art. 494 trotzdem zu befolgen, sofern der Ausländer seinen Wohnsitz in der Schweiz aufgeschlagen hat.

---

[14]) Vgl. Reichel, A., Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, VI. Bd.: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen, Zürich, 1912, S. 154 f.
[15]) Vgl. Schönenberger, Vorbemerkungen, N. 34; Reichel, a. a. O., S. 154.
[16]) Vgl. Schönenberger, Vorbemerkungen, N. 34.
[17]) Vgl. Schönenberger, Vorbemerkungen, N. 34.
[18]) BGE 64 II 350.
[19]) Vgl. Homberger, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, 1925, S. 58, Fußnote.

III. Teil

Die Beziehungen dieser obligationenrechtlichen Bestimmung zu andern Rechtsgebieten

1. Abschnitt

§ 18. Stellung zum Personenrecht: Handlungsfähigkeit

I. Die Betrachtung des Charakters der neuen Rechtsvorschrift[1]) läßt eindeutig den Willen des Gesetzgebers erkennen, im Zustimmungserfordernis eine *Einschränkung der allgemeinen Handlungsfähigkeit* zu begründen. Nach dem erwähnten grundsätzlichen Ergebnis der Erwägungen von § 14 kann es lediglich Aufgabe dieser Betrachtungen sein, das Verhältnis zwischen der Zustimmungsvorschrift und dem allgemeinen Grundsatz der Handlungsfreiheit einer kurzen Abklärung zu unterziehen.

Artikel 12 des ZGB und Artikel 494 des Obligationenrechts stehen zueinander wie eine *lex generalis zur lex specialis*. Der allgemeine Grundsatz der Handlungsfähigkeit hat, obwohl die notwendigen Voraussetzungen — Mündigkeit und Urteilsfähigkeit — grundsätzlich vorhanden wären, keine Gültigkeit, sofern ein Ehegatte sich bürgschaftlich verpflichten will. Der allgemein gültige, personenrechtliche Grundsatz, wird also durchbrochen von einer Norm des Obligationenrechts mit allerdings typisch personenrechtlichem Charakter. Dies ist im wesentlichen das Verhältnis der beiden Normen.

Die Handlungsfähigkeit wird nach allgemeiner Lehre *vermutet*[2]). Wer Handlungs*unfähigkeit* geltend machen will, hat es zu beweisen. Im neuen Bürgschaftsrecht ist die Beweislast genau gleich. Wer sich auf Art. 494 berufen und damit die Bürgschaft wegen mangelnder Handlungsfähigkeit anfechten will, hat darzutun, daß er verheiratet ist. Nach ZGB Art. 8 hat zwar *der Gläubiger* zu beweisen, daß die Zustimmung in allem rechtsgültig erfolgt sei[3]). Damit legt er dar, daß der bürgende Ehegatte seine mangelnde Handlungsfähigkeit geheilt habe. Der Grundsatz von der Beweislast des Gläubigers regelt also nur den *Entlastungsbeweis*. Erst wenn der andere Teil seine Bürgschaftsunfähigkeit wegen Eheabschluß dargetan hat, obliegt es dem Gläubiger, mit dem Nachweis der Zustimmung den ersten Beweis zu entkräften.

II. Diese Einschränkung der Handlungsfähigkeit existiert im Gesetz aber nicht etwa als seltene, außerordentliche Sonderregelung. Noch in

[1]) Vgl. oben § 14, S. 76 ff.
[2]) Egger, Art. 12 N. 9.
[3]) Vgl. Giovanoli, Art. 494 N. 11; Schönenberger, Art. 494 N. 28; ferner oben § 9 III, S. 57.

verschiedenen Fällen schuf der schweizerische Gesetzgeber zum Schutz bestimmter Interessen solche Ausnahmen. Und wohl nicht von ungefähr finden wir eine Reihe derartiger Ausnahmebestimmungen [4]) gerade *im Zusammenhang mit dem Bürgschaftsabschluß.* Für natürliche Personen kennt das schweizerische Recht folgende Einschränkungen:

1. *Ehefrauen* bedürfen nach ZGB Art. 177 und noch bestimmter nach Art. 494, Abs. 4 der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde, sofern sie sich Dritten gegenüber zugunsten ihres Ehemannes verbürgen wollen.
2. *Bevormundete* sind verbürgungsunfähig. Auch der Vormund kann zu Lasten des Mündels keine Bürgschaften eingehen (ZGB Art. 408).
3. Den Bevormundeten gleichgestellt sind diesbezüglich die *Kinder unter elterlicher Gewalt* (ZGB Art. 280, Abs. 2). Es gilt auch hier Art. 408, wonach eine Bürgschaft zu ihren Lasten überhaupt unmöglich geschlossen werden kann.
4. Im Falle der *Beiratschaft* muß der Beirat bei Bürgschaften mitwirken (ZGB Art. 395, Ziff. 9), ansonst der Vertrag einseitig unverbindlich ist.
5. Der *Konkursit* kann zwar Bürgschaften eingehen. Sein Einstehen wird jedoch nicht sehr viel praktische Bedeutung haben, da die Konkursmasse (SchKG Art. 197 und 204) dafür nicht aufzukommen hat.
6. Während der Dauer der *Nachlaßstundung* ist der Schuldner verbürgungsunfähig (SchKG Art. 298), während bei der *Notstundung* die Nachlaßbehörde den Abschluß von Bürgschaften durch den Schuldner der Zustimmungsgewalt des Sachwalters unterstellt (SchKG Art. 317, lit. i, jetzt ersetzt durch Art. 10 der Verordnung über vorübergehende Milderungen der Zwangsvollstreckung).
7. Entsprechende interessante Bestimmungen enthält das *wirtschaftliche Notrecht* der letzten Jahrzehnte.

   a) Im *bäuerlichen Sanierungsverfahren* ist dem sanierten Schuldner mit Nichtigkeitsfolge der Abschluß von Bürgschaften untersagt, und zwar mindestens bis zum Ablauf der Kapitalstundung [5]). Das künftige Gesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen bestimmt, daß während des Entschuldungsverfahrens Bürgschaften nur mit Zustimmung des Sachwalters geschlossen werden dürfen, während sie für den im Entschuldungsregister Eingetragenen überhaupt verboten sind [6]).

---

[4]) Vgl. im Folgenden: Beck, Art. 492 N. 10 ff.; Giovanoli, Art. 492 N. 30 ff.; Schönenberger, Art. 492 N. 80 ff. Während Beck die folgenden Fälle als Beispiele mangelnder bürgschaftlicher *Rechts*fähigkeit betrachtet, ist die Ansicht von Schönenberger, der darin Mängel in der bürgschaftlichen **Handlungs**fähigkeit erblickt, wohl richtiger. Es fehlt in all diesen Fällen die Fähigkeit, sich durch Bürgschaften *zu verpflichten.*

[5]) Vgl. Art. 34, Abs. 3 und 4 im BB vom 28. Sept. 1934, verlängert und revidiert am 20. Dez. 1938 und 11. Dez. 1941, über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für notleidende Bauern.

[6]) BG vom 12. Dez. 1940 über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen. Art. 45 und 69 (noch nicht in Kraft gesetzt.)

b) In der *Hotel- und Stickereiindustrie* kann der Schuldner während der Stundung ohne Zustimmung der Hotel-Treuhand-Gesellschaft keine Bürgschaften gültig abschließen [7]).

Die neue Vorschrift des Art. 494 war also nicht ein plötzlicher, ungewohnter Eingriff in die persönliche Handlungsfähigkeit, sondern ganz allmählich haben die Verhältnisse erkennen lassen, daß ein durchgreifender Schutz in der Bürgennot nur durch eine *generelle Einschränkung* der Bürgschaftsfähigkeit erreicht werden könne.

III. Und trotzdem ist während der Gesetzesvorbereitung der neue Vorschlag gerade deswegen von verschiedenen Seiten heftig *bekämpft* worden, weil dies ein *untragbarer Eingriff* in die vom Art. 12 ZGB festgelegte Handlungsfähigkeit sei [8]). Dabei wurde bisweilen gerügt [9]), daß die Handlungsfähigkeit des Mannes in gleichem Maße beschränkt werde wie die der Ehefrau [10]).

Die Beschränkung der allgemeinen Handlungsfähigkeit des Art. 12 ZGB durch die Ausnahmevorschrift des Artikels 494 OR — mag sie im einzelnen Fall vielleicht schwer empfunden werden — ist sicherlich *gerechtfertigt* in einem höheren Interesse:

Beim alleinstehenden Ledigen möchte eine solche »Bevormundung« wohl viel weniger begründet sein. In der Ehe hat jedoch das einzelne Individuum mit seinen Sonderinteressen vor der Gemeinschaft zurückzutreten, wenn diese dem Wohle der Familie zuwider sind. Jede echte Gemeinschaft fordert ein Opfer der Eigenwünsche. Die neue Einschränkung verträgt sich darum mit dem Art. 12 ZGB, der die Handlungsfähigkeit normiert, sehr wohl, wenn er ihn auch ein wenig einengt. Daß ein solches Opfer zum Wohle der Gemeinschaft nicht aus dem Rahmen unseres Gesetzes fällt, beweisen eine Reihe anderer Normen, die vom gleichen Geiste getragen sind; z. B. ZGB Art. 167, der das Gewerbe der Ehefrau von der Einwilligung des Ehemannes abhängig macht, Art. 177, Abs. 2 und 3 mit der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit bei Rechtsgeschäften unter den Ehegatten selber, Art. 181, Abs. 2, der für die während der Ehe abgeschlossenen Eheverträge die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde verlangt, die Art. 204 und 218, die die Ausschlagung von Erbschaften der gegenseitigen Zustimmungsgewalt unterstellen. Trotz all diesen Beschränkungen und auch ungeachtet der neuen Einengung durch den Art. 494 bleibt ja die *grundsätzliche Handlungsfähigkeit* jedes Ehegatten *aufrechterhalten* [11]).

[7]) Vgl. Art. 13, Abs. 2 der neuen VO vom 19. Dez. 1941 über vorübergehende rechtliche Schutzmaßnahmen für die Hotel- und Stickereiindustrie.

[8]) Vgl. Stauffer, a. a. O., S. 27 a; Hedinger, Exp. Kom., S. 18; Fuchs, M., Zur Revision des Bürgschaftsrechts (Die Stellung der Ehefrau im Bürgschaftsrecht und das Postulat betr. Zustimmung der Frau zur Bürgschaftsverpflichtung des Mannes), SJZ 33, 15. Mai 1937, S. 341; Rein, a. a. O., S. 13.

[9]) Z. B. Fuchs, a. a. O., S. 341.

[10]) Nach dem Senatus consultum Velleianum des römischen Rechts und den ihm folgenden Rechten, z. B. dem rumänischen, ist die Frau überhaupt nicht bürgschaftsfähig. Vgl. Nußbaum, Deutsches internationales Privatrecht, Tübingen, 1932, S. 119, Anm. 3.

[11]) Egger, Art. 12 N. 8.

2. Abschnitt

Das Verhältnis zum Familienrecht

1. Kapitel

§ 19. Die familienrechtliche Stellung des Ehemannes und das Zustimmungserfordernis

I. Obwohl die neue Gesetzesvorschrift *den Ehemann nicht mehr belastet als die Ehefrau,* waren sich von Anfang an alle Kreise klar darüber, daß sich die Zustimmungsvorschrift in erster Linie gegen ihn richtet [1]). Denn ordentlicherweise ist der Ehemann der Berufstätige. Er steht in Handel und Verkehr, er muß die Geschäftsbeziehungen wahren. Wenn die Ehefrau nicht gerade ein eigenes Gewerbe betreibt, so tritt sie in wirtschaftlicher und finanzieller Beziehung eher zurück.

Darum ist die ziemlich heftige Reaktion in verschiedenen Kreisen wohl verständlich. Neben den mehr theoretischen Vorwürfen, das neue Gesetzeserfordernis widerspreche dem Art. 12 ZGB, der ganz allgemein die Handlungsfähigkeit regelt, erhoben sich konkrete *Widerstände* gegen die neue Vorlage; gewisse Kreise fühlten die Stellung des Mannes, die er im schweizerischen Gesetz innehat, bedroht. »Une telle proposition heurte trop nos habitudes; elle risquerait de porter atteinte à la dignité du mari . . .« [2]). Die Stimmung des Schweizerischen Juristenvereins gibt der Berichterstatter des Juristentages 1935 wieder: »Es kann nie damit gerechnet werden, daß sich die allein wahlberechtigten Männer durch Zustimmung zu einer solchen Vorlage unter die Bürgschaftskuratel der Ehefrau begeben würden« [3]).

II. Das Problem wirft sich auf, weil *zwei verschiedene Interessen* sich gegenüberstehen: die Freiheit des Ehemannes und das Wohl der Familie. Wo liegt die richtige Grenze zwischen beiden? Wann muß der Ehemann auf seine persönliche Freiheit verzichten zum Wohle der Familie? Darf er sie soweit gebrauchen, daß die Gemeinschaft darunter Schaden leidet? Der Gesetzgeber ist, von der Gemeinschaftsidee ausgehend, einen wichtigen Schritt vorgestoßen. Er hat die Freiheit des Ehemannes eingeschränkt zugunsten des Gesamtwohls der Familie. Ist er mit dieser Neuerung zu weit gegangen, soweit, daß er die Stellung des Ehemannes in der Familie ungebührlich beschränkt hat?

III. Der erste Vorwurf, der dem Gesetzgeber gemacht wird, ist wirklich der, er hätte *die Freiheit des Ehemannes zu weitgehend beschnitten.*

[1]) Vgl. oben § 4, S. 21.
[2]) Cavin, La révision de la législation en matière de cautionnement, Journ. des tribunaux, 30. Mai 1938, S. 300.
[3]) SJZ 32, S. 101.

Die, welche solches behaupten, vergleichen den Verheirateten stets mit dem Ledigen. Schon in den Anfängen, als diese Frage erst aufgegriffen wurde, nahm der Kommissionspräsident des Waadtländer Großen Rates bei der Beantwortung der Motion Rubattel zu dieser Frage folgendermaßen Stellung: « Cette autorisation ... mettrait un homme marié *en état d'infériorité* sur un ou une célibataire ... » [4]).

Anderseits wurden auch Stimmen laut, die erklärten, dieser Einwand sei von vorneherein auszuschalten. Er sei nicht stichhaltig. Es seien das »vornehmlich (Einwendungen) männlicher Eigenliebe« [5]). Die Beweisführung der Gegner der Zustimmung ist auch wirklich nicht durchschlagend. Man kann die Stellung eines Ehemannes und Familienvaters nicht mit derjenigen eines Unverheirateten vergleichen. Das absolute Prinzip der Gleichheit würde auch hier in die größte Ungleichheit ausarten. Gleichheit und Gleichbehandlung bestehen auch in rechtlicher Beziehung darin, bei übereinstimmenden Voraussetzungen gleiche Schlüsse zu ziehen und bei differierenden Prämissen logischerweise verschiedene Ergebnisse abzuleiten. Die moralischen und materiellen Pflichten eines Ehemannes sind derart, daß hier — im Gegensatz zum Unverheirateten — ein größeres Opfer der eigenen Individualität und damit der persönlichen Freiheit und Ungebundenheit im Interesse des Ganzen gefordert werden *muß*. Es ist weder entehrend noch ein »état d'infériorité« für den Ehemann, wenn er bei Bürgschaftsverträgen zustimmungspflichtig ist.

IV. Bedenklicher muß der andere Einwurf stimmen: Die Zustimmungsvorschrift widerspricht ZGB Art. 160, Abs. 1 [6]), der erklärt: »Der Ehemann ist das *Haupt der Gemeinschaft*«. Wer der Zustimmungsvorschrift diese Einrede entgegenhält, ist einer zu einseitigen Interpretation dieses Artikels verfallen. Er sieht nur das »Haupt« und zu wenig »die Gemeinschaft«. Es ist dies kein Gebilde mit streng hierarchischer Ordnung, sondern es ist dies eine Verbindung zweier Personen, die gemeinsam, vereint, mit *einer Kraft* ihre Aufgaben verrichten wollen. Gemeinschaft sagt nicht Ueber- und Unterordnung, sondern Einheit des Willens, Gleichheit des Zieles, Uebereinstimmung des Denkens [7]).

Auch das schweizerische ZGB ist dieser Ansicht. Es wäre verfehlt, den Art. 160 aus dem Zusammenhang herauszureißen, um ihn zum Werkzeug der Opposition zu gestalten gegen eine Sache, die einem persönlich nicht liegt. Der vorangehende Artikel (159) bestimmt in seinem zweiten Absatz: »Sie verpflichten sich gegenseitig, das Wohl der Gemeinschaft *in einträchtigem Zusammenwirken* zu wahren ...« Schon das bisherige Eherecht verlangt also gegenseitiges Sichverständigen, gegenseitiges Nachgeben, Verzichten, Beraten, um zu einem einträchtigen Zusammenwirken zu gelangen. *Gemeinsam* soll das Glück der Gemeinschaft gewirkt werden. Die Ehegatten sind grundsätzlich gleichberechtigt [8]). Artikel 160, Abs. 1 und mit ihm auch Art. 274, Abs. 2 hat lediglich subsidiäre Be-

[4]) Bulletin des séances du Grand Conseil de Vaud, Nov. 1933, S. 158.
[5]) Giovanoli, ZschwR, S. 217; vgl. auch Cavin, a. a. O., S. 300.
[6]) Rein, a. a. O., S. 13.
[7]) Vgl. Gmür, Art. 160 N. 2 ff.
[8]) Vgl. Gmür, Art. 159 N. 10/2; Egger, Art. 159 N. 10.

deutung. Wenn die Ehegatten sich zu einem Unternehmen geeint, den richtigen Weg zum Ziel aber noch nicht gefunden haben, so soll der Ehemann durch sein entscheidendes Wort die Sache klären. Wenn jedoch die Ehegatten getrennter Ansicht sind, ob ein schwerwiegendes Geschäft zu tätigen sei oder nicht, so sollen sie die Lösung im vereinten Zusammenwirken finden. Und wenn die Gattin Bedenken zeigt, so verdient sie zweifellos von seiten des Ehemannns in dieser Frage ein großzügiges Verständnis. Auf keinen Fall steht also dem Ehemann ein freies Entscheidungsrecht zu; seine Entscheidung bewegt sich in genau bestimmten Grenzen [9]).

In diesem Licht — und so wollen die Artikel ZGB 159 und 160 zweifellos verstanden werden — bedeutet die Zustimmungsvorschrift des Art. 494 nicht etwa einen Widerspruch zu den erwähnten Regelungen des Familienrechtes. Im Gegenteil, so ergänzt Art. 494 diese Normen in glücklicher Weise. Die Verwirklichung des gesetzgeberischen Willens, wesentliche Entscheidungen die Ehegatten gemeinsam treffen zu lassen, ist so auf einem Gebiete gewährleistet, das vielleicht vorher dem ehelichen Zusammenwirken vielfach fremd gewesen. Der Artikel 494 ist daher eine wirksame Sanktion für Normen des Familienrechtes, die vielleicht allzuoft mißachtet wurden und in Vergessenheit geraten sind.

2. Kapitel: Der Einfluß auf das eheliche Güterrecht

§ 20. Verhältnis der Zustimmungsvorschrift zum Güterrecht im allgemeinen

I. Das schweizerische ZGB regelt in seinem 6. Titel: Das Güterrecht der Ehegatten, die vermögensrechtlichen Verhältnisse, die in der ehelichen Gemeinschaft der Abklärung bedürfen. Die Fragen, die im ganzen System immer wieder auftauchen, lassen sich im wesentlichen auf folgende Probleme zurückführen: Eigentums-, Nutzungs-, Verwaltungs-, Verfügungs-, Haftungsverhältnisse.

Die *Verfügungsordnung* setzt zu ihrer Lösung eine wesentliche Unterscheidung unter den rechtsgeschäftlichen Verfügungen voraus: *dingliche* Verfügungen einerseits — *obligatorische* Verfügungen auf der andern Seite [1]). Zu den obligatorischen Verfügungen gehört ohne Zweifel ein bürgschaftliches Rechtsgeschäft. Sämtliche Regeln des ehelichen Güterrechts, die auf obligatorische Verfügungen Bezug nehmen, finden also hier Anwendung. Mit diesen Rechtsnormen tritt nun aber die Zustimmungsvorschrift des Artikels 494 OR in Konkurrenz. Es gilt darum, im Folgenden abzuwägen, wie weit Artikel 494 OR die Verfügungsnormen des ehelichen Güterrechts erweitert, verbessert oder ändert.

[9]) Egger, Art. 160 N. 1/2.

[1]) Vgl. Egger, Art. 202 N. 3. Anderer Ansicht: Gmür, Art. 203 N. 2. Er macht einen scharfen Unterschied zwischen Verfügungen und Eingehung obligatorischer Verpflichtungen. Vgl. ferner Art. 217 N. 4.

Hiebei ist selbstverständlich im Auge zu behalten, daß die Verfügungsregelungen nur ihren Sinn haben in der Gesamtheit des Systems. Vor allem mit den Eigentums- und Haftungsfragen besteht ein enger Zusammenhang. Und darum ist stets auch auf diese Normen Bezug zu nehmen.

Die Aehnlichkeit und der enge Zusammenhang dieser obligationenrechtlichen Vorschrift mit familienrechtlichen Normen ist geradezu augenfällig. Diese Rechtsregel ist zweifelsohne geradezu ein »Einbruch in das System des ehelichen Güterrechts« [2]), und es ist mit Recht geltend gemacht worden, der Platz dieser Vorschrift wäre eher im Familienrecht als im Obligationenrecht [3]). Denjenigen, die diesen Umstand aufgriffen, um damit die Zustimmungsvorschrift zu bekämpfen, und auch der Ansicht, »die sonstige Stellung der Ehegatten zueinander im heutigen Eherecht« würde »zu dieser Bestimmung zu sehr im Widerspruch stehen« [4]), hat Nationalrat Scherer, Basel, die treffende Antwort erteilt: »Da sehe ich wieder einmal das Unerfreuliche an der Jurisprudenz; sie läßt sich leicht dazu verwenden, aus juristischen Spekulationen und Argumentationen heraus, mit juristischen Dogmen etwas zu verhindern, was eigentlich vernünftig wäre« [5]).

II. Die neue Rechtsvorschrift des Bürgschaftsrechts gilt für sämtliche Eheleute ungeachtet ihres Güterstandes. Der Gesetzgeber gelangte auch hier erst nach längerm Zögern zu dieser allgemeinen Lösung. Der Vorentwurf der eidg. Justizabteilung, Juni 1937, sah nur bei Güterverbindung und Gütergemeinschaft die Zustimmung vor. Dies wurde aber schon damals von verschiedenen Kreisen beanstandet [6]).

In der Gesetzesberatung verlangt zuerst die Kommission des Ständerates eine Ausnahme für die Gütertrennung [7]). Die nationalrätliche Kommission war aber der Ansicht, wenn die Zustimmungsvorschrift schon in das neue Gesetz aufgenommen werde, sollten *alle Güterstände* gleich behandelt werden [8]). Der Nationalrat pflichtete der Kommission bei [9]). Der Ständerat gab hierauf grundsätzlich nach [10]).

Abgesehen von den Gründen, die auch bei der Gütertrennung selber [11]) diese Lösung unbedingt erfordern, mag ein allgemeiner Gesichtspunkt für diese Entscheidung des Gesetzgebers maßgebend gewesen sein. Die

---

[2]) Beck, Kom. StR, 18./19. März 1940, S. 14.
[3]) Vgl. Henry, a. a. O., S. 158 a.
[4]) Wörtlich so und ohne jede Begründung: Rein, a. a. O., S. 13.
[5]) Bull. NR, 20 .Febr. 1940, S. 70.
[6]) Zustimmung auch bei Gütertrennung verlangten: Die Bürgschaftsgenossenschaft SAFFA, der Bund schweiz. Frauenvereine, die schweiz. Gemeinnützige Gesellschaft, die Nationalbank. Vgl. Eingaben zum Vorentwurf der Justizabteilung betr. das Bürgschaftsrecht, Zusammenfassung, 22. Dez. 1938, S. 4.
[7]) Kom. StR, 17. Sept. 1940, S. 393.
[8]) Kom. NR, (I. Db.), 18. Okt. 1940, S. 4.
[9]) Bull. NR, 11. Dez. 1940, S. 674 ff.
[10]) Bull. StR, 11. Juni 1941, S. 138/9. Die Gütertrennung sollte aber nach ihm noch diese Rolle spielen, daß bei richterlicher Trennung (siehe § 5) Zustimmungsfreiheit nur eintritt bei kinderlosen Ehegatten und wenn der Richter *Gütertrennung* angeordnet hat. Da der NR damit nicht einverstanden war (Bull. NR, 22. Sept. 1941, S. 213 ff.), ließ der Ständerat auch hievon ab. (Bull. StR, 26. Sept. 1941, S. 174 f.)
[11]) Vgl. unten § 21.

Gütertrennung ist ein *außerordentlicher Güterstand.* Er ist vom Gesetzgeber zugelassen, aber — wenige gesetzliche Fälle ausgenommen — nicht gewünscht. Denn hier kommt der Gemeinschaftsgedanke in materieller Beziehung nur schwach zum Ausdruck. Er ist nicht das Ideal eines Güterstandes. Darum hat auch der Gesetzgeber kein Interesse daran, die Eheleute zu veranlassen, diesen Güterstand zu wählen. Wenn aber der unter Gütertrennung lebende Ehegatte von der Zustimmung bei bürgschaftlichen Rechtsgeschäften frei wäre, so könnte dies für manchen Ursache sein, die Gütertrennung zu bevorzugen, um die persönliche Freiheit auch in bürgschaftlicher Hinsicht zu wahren. Der Gesetzgeber würde so selber einem von ihm nicht gewünschten Zustand Vorschub leisten. Allein schon aus diesem Grund ist die alle Güterstände umfassende Regelung entschieden vorteilhafter.

III. Bei der in den Räten gewalteten Diskussion ging die Frage — nachdem einmal grundsätzlich *für* die Zustimmungsvorschrift Stellung bezogen war — darum, wie soeben erwähnt, ob der Güterstand der Gütertrennung in das System einzubeziehen sei oder nicht. Wichtiger und interessanter ist die allgemeine Frage: Warum überhaupt wurde dieser Eingriff in das eheliche Güterrecht vorgenommen? Die erste Antwort gibt die geschichtliche Entwicklung, die Bürgennot und das Elend, das die Bürgschaft verursacht [12]). Diese Antwort ruft der andern Frage: Warum bedarf es aber eines *Eingriffs in das System des ehelichen Güterrechts,* um diesen Mißständen abzuhelfen? Trotz der fein durchdachten und abgewogenen Regelung des ehelichen Güterrechts kann der Fall eintreten — er ist vor allem bei Bürgschaften der Ehegatten gar nicht selten — wo das Gesetz dem Leben nicht gewachsen ist und darum den einen Ehegatten zu sehr benachteiligt, dem andern aber zu große Vorteile gewährt. Das neue Bürgschaftsrecht möchte nun mit der Vorschrift von der Zustimmung des Ehegatten diese Unterschiede abschwächen. Dieser Ausgleich kommt aber nur zustande, indem durchgehend die Stellung der Ehefrau begünstigt wird, d. h. indem gewisse Möglichkeiten [13]), die ihr unter Umständen nachteilig werden konnten, ausgeschaltet werden [14]).

Vor allem die Tatsache, daß der Ehemann mit Bürgschaftsverpflichtungen in vielen Fällen das Vermögen der Frau soll belasten können, schien vielen Kreisen mit Recht untragbar [15]). Diesem Vorwurf an das eheliche Güterrecht könnte entgegengehalten werden, *das Güterrecht selber sehe Sicherungsmittel vor,* die diese Bedrohung des Frauengutes herabmindern. Es frägt sich darum, ob und inwieweit diese Mittel geeignet sind, die Gefährdung des Frauenvermögens auszuschalten. Wenn sie tatsächlich als genügend wirksam sich erweisen, so dürfte vom ehe-

[12]) Vgl. oben § 2, S. 6 ff.

[13]) Eine Untersuchung der einzelnen Fälle siehe in den §§ 21—23.

[14]) Obwohl die Zustimmungsvorschrift Ehemann und Ehefrau zugleich bindet, ist das ganze Institut doch ein Vorteil zugunsten der Frau, indem die bis zu diesem Zeitpunkt in manchem unterschiedliche Stellung der beiden Ehegatten zugunsten der Frau ausgeglichen wird.

[15]) Vgl. Labhart, Dora, Die Revision des Bürgschaftsrechts, in Zentralblatt, Organ des Schweiz. gemeinnützigen Frauenvereins 28, Bern, 20. Nov. 1940, S. 246; Giovanoli, ZschwR, S. 223.

güterrechtlichen Standpunkt aus mit Recht die Zustimmungsvorschrift des Art. 494 als überflüssig abgelehnt werden.

1. Artikel 205, Abs. 1 verpflichtet den Ehemann zur *Auskunft* über den Stand des eingebrachten Frauengutes. Eine große Sicherheit bedeutet dies für die Frau keineswegs. Es vermittelt ihr dies nur ein Wissen von Zeit zu Zeit, wie es mit ihrem Eingebrachten steht. Um die Ehefrau vor Schädigungen ihres eigenen Vermögens zu schützen, genügt es aber keineswegs.

2. Bei der Güterverbindung steht es im Belieben jedes Ehegatten, ein *öffentliches Inventar* zu verlangen (ZGB Art. 197 ff.). Wohl ist das Inventar bei der zukünftigen Auseinandersetzung ein willkommenes Beweismittel. Aber dabei hat es sein Bewenden. Wenn der Ehemann durch bürgschaftliche Verträge das Gut der Frau bereits geschädigt hat, so nützt kein Inventar mehr etwas. Der Beweis der Ehefrau gegenüber dem Ehemann ist sinnlos, wenn die Inventargegenstände nicht mehr vorhanden sind und die finanzielle Lage des Ehemannes sich passiv gestaltet hat.

3. Artikel 205 gibt der Ehefrau die Möglichkeit, für ihr eingebrachtes Gut *Sicherstellung* zu verlangen. Dieses an sich taugliche Mittel fehlt aber bei der Gütergemeinschaft. Zudem ermangelt es der Erzwingbarkeit, da das Gesetz keine Vollstreckungsmöglichkeit vorsieht [16]), und überdies kann der Ehemann oft die Sicherheit nicht leisten, weil er nichts hat um sicherzustellen [17]).

4. Ein Hilfsmittel zur Wahrung der materiellen Fraueninteressen ist endlich die Möglichkeit, *richterliche Gütertrennung* zu verlangen (ZGB Art. 183). Außer bei Verletzung der Unterhaltspflichten oder bei Verweigerung der Sicherstellung durch den Ehemann [18]), ist die Frau hiezu berechtigt, wenn sie den Nachweis erbringen kann, daß der Gatte oder das Gesamtgut überschuldet sind. Aber auch dieses Hilfsmittel ist mangelhaft. Gerade wenn der Nachweis der Ueberschuldung gelingt, kommt die Gütertrennung eben oft zu spät. Zudem bleiben nach ZGB Art. 188 gegenüber den alten Gläubigern die bestehenden Haftungsverhältnisse weiter in Kraft. Auch nach der neuen Auslegung von ZGB Art. 188 durch das Bundesgericht und die Rechtswissenschaft ist der Schutz, den die Ehefrau durch die Gütertrennung zu erreichen sucht, nur mangelhaft. Denn gegen die für ihre *Frauengutsforderung gedeckte Ehefrau* können sämtliche *Gläubiger ihre Ansprüche* geltend machen, und das herausgegebene Frauengut ist nur zur Hälfte im 4. Range privilegiert [19]). Zudem ist die Gütertrennung ein Sicherungsmittel, das die eheliche Gemeinschaft zu stark belastet. Damit werden zugunsten der materiellen Werte der Ehefrau die viel

[16]) Die Ehefrau kann bei Verweigerung der Sicherstellung nach Art. 183, Ziff. 2 wohl Gütertrennung verlangen, damit geht die Sanktion aber viel weiter als bis zur Sicherstellung.
[17]) Fuchs, a. a. O., S. 339.
[18]) Fuchs, a. a. O., S. 339.
[19]) BGE 66, II 4 ff.; Egger, Art. 188 N. 15; Gmür, Art. 188 N. 9 a—b.

höher zu bewertenden ethischen und moralischen Grundlagen der ehelichen Gemeinschaft ungebührlich erschüttert.

Die Sanktionen des Güterrechts sind zweifellos ungenügend. Das eheliche Güterrecht verlangt tatsächlich für bestimmte Fälle einer Ergänzung zum Schutze der materiellen Interessen der Ehefrau. Diese Lücke möchte die neue Zustimmungsvorschrift ausfüllen. Sie dürfte hiezu zweifellos geeignet sein, denn sie wirkt nicht heilend sondern vorbeugend.

Die Bedeutung der Zustimmungsvorschrift im praktischen Leben richtet sich nach dem Güterstand. Der Abklärung bedarf daher die Frage, wie sich diese Zustimmungspflicht des Art. 494 zu den einzelnen Güterständen verhält.

§ 21. Der Einfluss auf die Gütertrennung

Die Ausnahme der unter Gütertrennung Lebenden vom Zustimmungserfordernis hat der Gesetzgeber verworfen, nicht zuletzt, weil er verhindern wollte, für diesen Güterstand ein Privileg zu schaffen, das die Ehegatten veranlassen könnte, ehevertraglich diesen außerordentlichen Güterstand zu vereinbaren[1]). Diese Stellungnahme des Gesetzgebers läßt sich jedoch auch *aus innern Gründen* rechtfertigen. Die Zustimmungspflicht bei Bürgschaften hat auch beim Stand der Gütertrennung einen heilsamen Einfluß in Fällen, wo das eheliche Güterrecht gewisse Härten nicht vermeiden kann. Zwar erlangt die neue Vorschrift des Obligationenrechts für die Gütertrennung nicht die gleiche Bedeutung wie für die andern Güterstände, aber gleichwohl entfaltet sie auch hier ihre Wirkungen, so daß der Standpunkt des Gesetzgebers sehr wohl verstanden werden kann.

I. Um die Beziehung der Zustimmungsvorschrift für die Gütertrennung darzulegen, ist eine kurze Betrachtung der gesetzlichen Regelungen dieses Güterstandes erforderlich:

Grundsätzlich sind *alle Funktionen der Vermögen der beiden Ehegatten getrennt:* Eigentum, Nutzung, Verwaltung, Verfügung und Haftung. Jedoch erfährt diese allgemeine Regelung Einschränkungen und Aenderungen. Der Ertrag des Frauenvermögens steht nicht restlos der Ehefrau zu; nach Art. 246 kann der Ehemann einen angemessenen Beitrag »zur Tragung der ehelichen Lasten« verlangen[2]). Auch die Verwaltung des Frauenvermögens kann von der Ehefrau auf ihren Gatten übertragen werden (Art. 242), und in diesem Fall »wird vermutet, daß er ihr während der Ehe keine Rechnung zu stellen habe und die Einkünfte aus dem übertragenen Vermögen als Beitrag an die ehelichen Lasten beanspruchen dürfe«.

II. Während bei der konsequent durchgeführten Gütertrennung das Frauenvermögen tatsächlich *direkt in keiner Art und Weise* gefährdet

[1]) Vgl. oben § 20 II, S. 107 f.

[2]) Das ist selbstverständlich keine Nutzung des Ehemannes im eigentlichen Sinn, kein dringlicher Anspruch.

wird, und darum allein von diesem Gesichtspunkt aus die Einmischung des Art. 494 OR mit Recht abgelehnt werden könnte, ist die Bedeutung der Zustimmungsvorschrift im letzterwähnten Ausnahmefall bereits erheblich:

Wenn die Ehefrau vielleicht aus mangelnder Geschäftstüchtigkeit oder aus Vertrauen zu ihrem Ehegatten diesem ihr Vermögen zur Verwaltung übergibt, so besteht zweifellos eine *Gefährdung für das Frauenvermögen.* Es braucht gar nicht böser Wille des Ehemannes angenommen zu werden; er kann aus Geschäftsuntüchtigkeit oder leichtsinniges Gebaren in Zahlungsschwierigkeiten gelangen. Gerade durch unbedachtes Bürgen kann sich — wenn eine große oder gar mehrere Bürgschaften plötzlich fällig werden — seine finanzielle Lage sehr schwierig gestalten. Selbstverständlich haften für Bürgschaften des Mannes keine Werte des Frauenvermögens. Wenn jedoch dem Ehemann Konkurs und wirtschaftlicher Ruin drohen, so ist es wohl denkbar, daß er sich am anvertrauten Frauenvermögen vergreift.

Wohl kann die Frau dem Ehemann die *Vermögensverwaltung jederzeit entziehen* (Art. 242, Abs. 3). Dies wird sie jedoch erst tun, wenn sie Mißtrauen hegt in die Verwaltung des Mannes. Einen Ueberblick über dessen finanzielle Tätigkeit erhält sie aber nur, wenn der Mann zur Rechenschaft gezogen wird. Vermutungsweise ist er dieser Pflicht enthoben (Art. 242, Abs. 2), die Ehefrau kann aber sehr wohl Auskunft fordern[3]). Jedoch auch dieses Recht auf Auskunft nützt der Ehefrau nicht viel. Hegt sie Vertrauen in die Mannesverwaltung, so wird sie nicht zu häufig von diesem Recht Gebrauch machen.

Oft jedoch wird die Ehefrau dem Ehemann die Verwaltung *zu spät* entziehen. Ihre Lage ist dann vor allem bedenklich. Sie hat »im Konkurse und bei der Pfändung von Vermögenswerten des Ehemannes auch dann, wenn sie ihm ihr Vermögen zur Verwaltung übergeben hat, kein Vorzugsrecht« (Art. 244, Abs. 1). Das ordentliche Konkursprivileg der Ehefrau (SchKG Art. 146, 219) fällt also dahin.

Für diesen Fall erlangt die Zustimmungsvorschrift des Art. 494 zweifellos wichtige Bedeutung. Da das Frauenvermögen gerade durch solche Rechtsgeschäfte des Ehemannes, die für ihn selber auch unübersichtlich sind, gefährdet wird, ist mit dem Zustimmungsrecht bei Bürgschaften eine wesentliche Gefahr ausgeschaltet.

Man mag hier den Vorwurf erheben, das seien bei der Gütertrennung Ausnahmefälle. Dieser Einwurf hat zweifellos gewisse Berechtigung. Jedoch durfte sicher der Gesetzgeber diese Schutzvorschrift auch bei der Gütertrennung erlassen, um diese Fälle zu verunmöglichen, besonders da dadurch die Stellung der in Gütertrennung Lebenden im Vergleich zu den Ehegatten in andern Güterständen nicht über Gebühr erschwert worden ist.

III. Wenn aber dieses Argument nicht völlig stichhaltig sein sollte, so spricht daneben ein anderer gewichtiger Grund für die Unterstellung der Gütertrennung unter die Zustimmungsvorschrift. Wohl wird durch Bürg-

[3]) Egger, Art. 242 N. 5.

schaften das Frauenvermögen ordentlicherweise *nicht direkt* gefährdet. Wohl aber kann das Frauenvermögen *indirekt ungebührlich belastet werden.*

Artikel 160 ZGB verpflichtet den Ehemann, »*für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen*«. Und nach ZGB Art. 275 haben die Eltern »ihre Kinder *ihren Verhältnissen entsprechend* zu erziehen und insbesondere auch den körperlich oder geistig gebrechlichen eine angemessene Ausbildung zu verschaffen«. Frau und Kinder können also gegen den Ehemann Ansprüche richten, gleichviel, in welchem Güterstand er lebt. Allerdings hat auch die Ehefrau zum gemeinsamen Haushalt beizutragen. Bei der Gütertrennung geschieht dies auf Verlangen des Ehemannes durch eine angemessene Beitragsleistung (Art. 246). Die Leistungspflicht des Ehemannes ist jedoch primär und größer als die der Ehefrau. Er hat mehr zu leisten [4]).

Wenn sich nun der Ehemann leichtsinnig verbürgt, zahlungsunfähig und ausgepfändet wird, so leidet darunter notgedrungen die Familie. Der Anspruch der Kinder wird illusorisch. Und wenn es auch nicht zur Pfändung kommen sollte, auf Monate und Jahre hinaus jedoch der Arbeitserwerb des Mannes herhalten muß, um Abzahlungen zu leisten, so wird einmal die Familie in unverantwortlicher Weise benachteiligt, zum andern erhöht sich notgedrungen die Beitragsleistung der Ehefrau. Denn ihre Leistungspflicht richtet sich nach den *obwaltenden Umständen* [5]). Es ist darum zu verwerfen, daß die Beisteuerung der Ehefrau, die schon im Haushalt durch ihre Arbeit und Aufopferung einen wesentlichen Beitrag leistet, durch leichtfertige Bürgschaften des Ehemannes ungebührlich sollte erhöht werden müssen. Die billigen gesetzlichen Ansprüche der Kinder und der Ehefrau lassen es daher restlos rechtfertigen, daß auch die Gütertrennung nicht von der Zustimmung des Ehegatten beim Abschluß einer Bürgschaft befreit [6]).

IV. Die Zustimmungsvorschrift des Bürgschaftsrechts bringt aber auch dem unter Gütertrennung lebenden *Ehemann* wichtige Vorteile. Während bis zum Inkrafttreten des neuen Bürgschaftsrechts die Ehefrau durch unbedachtes, ungehemmtes Bürgen ihr gesamtes Vermögen belasten und den gerechten Anspruch des Ehemannes auf angemessene Beitragsleistung ihrerseits damit illusorisch machen konnte, ist dem heute ein Riegel geschoben. Dieser Beitrag der Ehefrau an die Gemeinschaftskosten kann so durch das Veto des Ehemannes sichergestellt werden. Ein weiterer Grund, warum auch die Unterwerfung der in Gütertrennung lebenden Ehegatten unter die Zustimmungsvorschrift des neuen Bürgschaftsrechts innerlich gerechtfertigt ist.

---

[4]) Egger, Art. 246 N. 6.
[5]) Egger, Art. 246 N. 6.
[6]) Dieser Grund wurde auch in der Gesetzesberatung geltend gemacht. Vgl. Iten, Bull. StR, 17. Sept. 1940, S. 394.

§ 22. *Der Einfluss bei der Güterverbindung und der Gütereinheit*

Die Güterverbindung ist der *ordentliche Güterstand* des ZGB (Art. 178) und darum weitverbreitet[1]). Ein Mangel in der gesetzlichen Regelung dieses Güterstandes muß sich daher vor allem schwerwiegend auswirken. Die Untersuchung ergibt eindeutig, daß gerade hier die Zustimmungsvorschrift des Bürgschaftsrechts wirklich ein Bedürfnis war, denn im Stand der Güterverbindung kann durch Bürgschaften in mancher Art und Weise das Frauenvermögen durch den Ehemann *direkt* gefährdet werden. Und doch ist auch bei der Güterverbindung die neue Einschränkung vollauf tragbar. Das Zustimmungsgebot hebt nicht die entsprechenden Regeln des ehelichen Güterrechts schlechthin auf, sondern sie prägt lediglich für den Fall der Bürgschaft Schutzmaßnahmen, die sich unter diesen besondern Umständen rechtfertigen lassen.

I. Einer Abklärung rufen vorerst die Frage des *Eigentums* in der Güterverbindung und damit *sämtliche Probleme,* die mit dem Eigentum in unlösbarem Zusammenhang stehen.

1. Das Eigentum des Ehemannes setzt sich aus verschiedenen Werten zusammen. Es gehören dazu das eingebrachte Mannesgut und das ganze eheliche Vermögen, das nicht Frauengut ist (Art. 195, Abs. 2). Dieses wieder umfaßt verschiedene Faktoren: Den eigenen Kapital- und Arbeitserwerb des Mannes; den Erwerb der Ehefrau, sofern er im Gewerbe des Mannes zustande kam, also nicht selbständig[2]) ist, die Einkünfte und die natürlichen Früchte des Frauengutes — unter Vorbehalt der Bestimmungen über das Sondergut (Art. 191/93 ZGB) — vom Zeitpunkt ihrer Fälligkeit oder Trennung an; schließlich sieht das Gesetz Eigentumsübergang von der Ehefrau zum Ehemann vor in Art. 201, Abs. 3: Darnach gehen »*bares Geld, andere vertretbare Sachen und Inhaberpapiere,* die nur der Gattung nach bestimmt worden sind«, »in das Eigentum des Ehemannes über«. Diese Ausnahmelösung des Gesetzes für bestimmte Gegenstände kann jedoch durch Parteiverabredung in dem Sinne erweitert werden, daß — gemäß Art. 199 — überhaupt »das Frauengut zum Schätzungsbetrag in das Eigentum des Ehemannes übergehen« kann. Dies ist der Fall der *Gütereinheit.* Sämtliche Erörterungen bei der Güterverbindung, die sich mit dem von Gesetzes wegen in das Eigentum des Ehemannes übergehenden Frauengut befassen, gelten daher entsprechend für den Fall der Gütereinheit.

Neben der im einzelnen Fall schwerwiegenden gesetzlichen Lösung

[1]) Egger, Art. 178 N. 14: 97—98 % aller seit 1912 geschlossenen Ehen sind der Güterverbindung unterstellt.

[2]) Die Ansicht von Fuchs, a. a. O., S. 337, daß der Frauenerwerb nur frei sei, sofern er aus unabhängiger *Berufstätigkeit* der Frau erwachse, ist nicht ganz richtig. Der Begriff des Arbeitserwerbes ist weiter zu fassen. Vgl. Egger, Art. 191 N. 18.

des Art. 201, Abs. 3 [3]) verdient vor allem der Artikel 195, Abs. 3 festgehalten zu werden: Was das Frauenvermögen an natürlichen und zivilen Früchten abwirft, gehört nicht ihr, sondern fällt — logischerweise — in das Eigentum des Ehemannes, als des Nutzungsberechtigten am Frauenvermögen. Die gesetzliche Regelung entspringt ganz folgerichtig dem allgemeinen Grundsatz der Güterverbindung, dem Gedanken der *gemeinsamen ehelichen Wirtschaft* [4]). Träger dieser wirtschaftlichen Vereinigung ist der Ehemann, weil er das Haupt der Familie und als solches in erster Linie für Fortkommen und Unterhalt der Familie verpflichtet ist. Diesem Grundgedanken entspringend, ergibt sich aber auch die Folgerung, daß die Leistung der Ehefrau in dieser ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft, nämlich die Werte, die der Ehemann aus seiner Nutznießung am Frauengut erhält, *zweckentsprechend* verwendet werden müssen. »Die Verpflichtung des Mannes, für Frau und Kinder und für die laufenden Ausgaben, die auf ihrem Vermögen haften, zu sorgen, ist daher die Voraussetzung und die Ergänzung seiner Berechtigung« [5]). Deshalb auch der Anspruch der Ehefrau auf eine Quote des Vorschlages bei der Auflösung der Ehe (Art. 214, Abs. 1) [6]).

2. So berechtigt diese Lösung des Gesetzes im allgemeinen ist, so ungerecht und unzweckmäßig kann sie sich aus andern gesetzlichen Gründen im einzelnen Fall auswirken. Nach Art. 206 haftet der Ehemann u. a. für seine vorehelichen Schulden und für die Schulden, die er während der Ehe begründet. Der Ehemann *haftet mit seinem ganzen Vermögen* [7]). Zum Mannesvermögen gehören aber zweifellos auch die oben erwähnten Werte, die aus dem Frauenvermögen in sein Eigentum übergegangen sind [8]). Was die vorehelichen Schulden betrifft, so liegt es im eigenen Ermessen der Ehefrau, ob sie die Gefährdung ihrer Vermögenswerte, die ins Eigentum des Mannes übergehen, auf sich nehmen will. Die Schulden sind bereits da, sie kann — wenn der zukünftige Ehemann es ihr nicht verschweigt — die finanzielle Lage überblicken, das mehr oder minder große Risiko abschätzen und einen entsprechenden Güterstand wählen.

Was jedoch die Schulden anbelangt, die der Ehemann während der Ehe eingeht, ist sie mit den Vermögenswerten, die aus ihrem in des Mannes Eigentum übergegangen, vollständig dem mehr oder weniger verantwortlichen Geschäfts- und Finanzgebaren des Gatten ausgeliefert. Die Frauenwerte im Mannesvermögen haften nicht etwa nur für

[3]) Die Lösung des Gesetzes, daß bares Geld, andere vertretbare Sachen und Inhaberpapiere in das Eigentum des Mannes übergehen, ist zwar absolut folgerichtig. Als gesetzlicher Nutznießer des Frauenvermögens muß er verbrauchbare Sachen wirklich verbrauchen dürfen, und damit geht das Eigentum notwendigerweise unter. Vgl. Egger, Art. 201 N. 10.

[4]) Egger, Art. 201 N. 1; Gmür, Art. 201 N. 1.

[5]) Bluntschli, Das zürcherische Personen- und Familienrecht, Zürich, 1855, § 143, S. 127 f.

[6]) Egger, Art 201 N. 1.

[7]) Egger, Art. 206 N. 4; Gmür, Art. 206 N. 13.

[8]) Gmür, Art. 206 N. 12.

die Auslagen zugunsten der ehelichen Gemeinschaft. In gleicher Weise stehen sie auch — unterschiedslos wie das übrige Mannesvermögen — ein für seine eigenen Angelegenheiten[9]), vor allem auch für seine Betriebs- und Berufsausgaben. Bürgschaftsverpflichtungen, die der Ehemann rein aus persönlicher Gefälligkeit eingeht, belasten daher diese Frauenwerte genau gleich wie Ausgaben des Ehemannes für das Wohl der Familie.

Ist der Ehemann *überschuldet,* und kommt es trotzdem *nicht zur Zwangsvollstreckung,* so schwindet sein Vermögen und damit die ihm einverleibten Frauengutsteile dahin. Statt daß diese Werte *zweckentsprechend* verwendet werden, dienen sie dazu, die Gläubiger des Ehegatten abzufinden. Wohl besitzt die Ehefrau für das bare Geld, für die Inhaberpapiere und andere vertretbare Sachen, die in das Eigentum des Mannes übergegangen sind, *eine obligatorische Ersatzforderung* (Art. 201, Abs. 3). Jedoch kann sie diese nur bei Konkurs und Pfändung (Art. 210) oder bei Auflösung der Ehe durch Tod (Art. 212/13) geltend machen[10]). Im vorliegenden Falle ist sie wertlos. Auch könnte die Ehefrau — nach Art. 183, Ziff. 3 oder evtl. Ziff. 1 — richterliche Gütertrennung verlangen[11]) und würde so ihr ursprüngliches Eigengut wieder herauserhalten (Art. 189, Abs. 1), auch das, was nach den erwähnten gesetzlichen Regelungen in das Eigentum des Ehemannes übergegangen, soweit es noch vorhanden ist[12]). Wenn jedoch die Ehegattin aus Liebe zur Familie und zum Gatten die finanziellen Schwierigkeiten nicht vor den Richter bringt, um Gütertrennung zu fordern, so kann ihr Vermögen, besonders wenn es zur Hauptsache aus barem Geld oder Inhaberpapieren bestanden, zum größten Teil zerrinnen. Und wenn sie trozdem zu diesem Hilfsmittel Zuflucht nehmen wollte, so wird das oft wenig fruchten, weil in einer solchen Notlage des Mannes Geld und Inhaber-Titel der Frau verbraucht sind und die Ersatzforderung gegenüber einem zahlungsunfähigen Ehemann geltend gemacht wird.

Kommt es zur *Zwangsverwertung,* so ist die Stellung der Ehefrau oftmals besser. Nach Art. 182, Abs. 1 bzw. 186, Abs. 1 tritt in diesem Falle *von Gesetzes wegen Gütertrennung* ein. Dies nützt jedoch nichts für die schon verhafteten Gegenstände des Frauenvermögens, d. h. für all das, was bereits in das Eigentum des Ehemannes übergegangen ist[13]). Für dieses Gut kann sie lediglich eine Ersatzforderung gel-

[9]) Egger, Art. 206 N. 7; Gmür, Art. 206 N. 17.
[10]) Egger, Art. 201 N. 15.
[11]) Vgl. oben § 20 III, 4, S. 109.
[12]) Egger, Art. 201 N. 15, Art. 189 N. 3. Die Ansicht von Fuchs, a. a. O., S. 338, daß auch richterliche Gütertrennung die Aktualisierung der Ersatzforderung zur Folge hätte, stimmt darum nur subsidiär. Lediglich wenn die ins Eigentum des Mannes übergegangenen Werte nicht mehr in natura vorhanden sind, wird die Ersatzforderung aktuell.
[13]) Die im Gesetz vorgesehene Zurückverlegung der Gütertrennung auf den Beginn des Konkurses wirkt sich nur in sehr beschränktem Maße aus. Seit Beginn des Konkurses fällt dem Ehemann kein Erwerb mehr zu aus dem Frauenvermögen. Die Vermögenswerte, die vor dem Beginn des Konkurses übergegangen sind, bleiben als Eigentum des Ehemannes verhaftet. Egger, Art. 186 N. 2.

tend machen. Was vom Frauenvermögen aber noch an Sachwerten da ist, darf die Ehefrau an sich ziehen, da es von nun an auch in ihrer Nutzung und Verwaltung steht. Wenn sie jedoch durch die Rücknahme der Sachwerte oder eventuell sonst vorhandener Sicherungen nicht bis zur Hälfte ihres Eingebrachten gedeckt wurde, so wird sie bis zur Erfüllung dieser Hälfte mit einem Konkursprivileg IV. Klasse begünstigt (SchKG Art. 146, 219, ZGB Art. 211). Für die andere Hälfte konkurriert sie mit den gewöhnlichen Gläubigern V. Klasse. Bestand ihr eingebrachtes Gut größtenteils aus *unvertretbaren Dingen,* so wird ihr Schaden aus der Zwangsvollstreckung des Ehemannes entsprechend gering ausfallen. Setzte sich ihr eingebrachtes Gut aus Inhaberpapieren und andern vertretbaren Sachen zusammen, so muß sie mit empfindlichen Verlusten rechnen. Entsprechend schwerwiegender wird diese Vermögenseinbuße ausfallen, wenn — bei Vereinbarung der Gütereinheit (Art. 199) — sämtliche eingebrachten Werte ins Manneseigentum geflossen und damit den Gläubigern des Ehemannes verhaftet sind.

Dieses Schicksal der Frauenwerte im Eigentum des Mannes teilt der *Vorschlag.* Da er völlig im Eigentum des Ehemannes steht, schwindet auch er dahin. Der berechtigte Anspruch, den die Ehefrau bei Auflösung der Ehe hätte stellen können, ist dahin, selbst wenn vor der unglücklichen Ueberschuldung ein sehr großer Vorschlag vorhanden gewesen wäre.

Diese an und für sich verständliche Lösung des Gesetzes kann sich vor allem höchst nachteilig auswirken in Fällen, wo der Ehemann leichtsinnig und fahrlässig Verpflichtungen eingeht, die er nicht zu tragen vermag. Und weil gerade die *Bürgschaft* mit ihrem harmlosen Gewande und ihrer unerbittlichen Strenge das geeignetste Mittel ist, die Rechtssubjekte zur Ueberverpflichtung zu verleiten[14]), ist sie eine der Hauptursachen, welche die Ehefrau und ihr Vermögen Belastungen aussetzt, die für sie schlechthin unzumutbar sind. Wenn durch die unverantwortliche Bürgschaftsgewährung die vernünftige, weitherzige Regelung des Gesetzes dazu mißbraucht wird, der Ehefrau und damit auch der Familie einen Teil des Eigentums zu verschleudern, so ist das Zustimmungserfordernis des Art. 494 OR eine bittere Notwendigkeit. Eine objektive, unvoreingenommene Betrachtung dieser Frage zwingt die Einsicht auf, daß die Neuerung des Gesetzes, die die Bürgschaften des einen Ehegatten von der Zustimmung des andern abhängig macht, bei der Güterverbindung eine *Lücke ausfüllen* wird. Wenn schon die Ehefrau mit ihrem Gut für Mannesverpflichtungen behaftet werden kann, so ist es ihr gutes Recht, hier auch ein Wort mitzusprechen, wenn die Gefahr besteht, daß der Ehemann die Zweckgebundenheit des Frauenvermögens auch nur leichtfertig außer acht lassen könnte. Und diese Gefahr droht bei der Bürgschaft immer.

[14]) Vgl. oben § 2, S. 9.

3. Die Zustimmungsvorschrift ist ferner geeignet, eine Härte des Gesetzes auszuschalten, die stoßend empfunden werden muß:

Aus dem Texte des Gesetzes (SchKG Art. 146 bzw. 219) ergibt sich, daß die Ehefrau bei der Zwangsvollstreckung des Mannes *für die Hälfte ihres Eingebrachten privilegiert* ist. Sie nimmt also — sicherlich mit Recht — gegenüber andern Gläubigern eine Vorzugsstellung ein. Wenn aber die Ehefrau vielleicht mit Aufwendung ihres Einkommens und unter Aufopferung ihres Vermögens den Ehemann vor der Zwangsvollstreckung bewahrt, so ist ihre Stellung bedeutend schlechter. Aus ihren ins Manneseigentum übergegangenen Werten werden fremde Gläubiger abbezahlt, und wenn der Ehemann stirbt, so ist nichts da, um die Ersatzforderung der Frau zu befriedigen. Diese Schlechterstellung der Ehefrau, die für ihren Gatten und die Familie alles opfert gegenüber derjenigen, die den Ehemann vor der Zwangsvollstreckung nicht bewahrt, obwohl sie es vielleicht könnte, ist stoßend und vom Gesetzgeber sicher nicht beabsichtigt.

Durch die Zustimmungsvorschrift des neuen Bürgschaftsrechts hat es nun die Ehefrau in der Hand, statt nur mittragen zu müssen, mitzugestalten. Durch ein Nein kann sie den Ehegatten, die Familie und auch sich selber schützen vor Ueberschuldung durch unkluge Bürgschaften. Sie hat damit weitgehend die Möglichkeit, sich vor jener untragbaren Wirklichkeit zu bewahren, ihre Frauenwerte, statt der Familie, fremden Gläubigern opfern zu müssen und gerade wegen dieses Opfers bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung leer auszugehen. Kommt es zur Zwangsvollstreckung, oder kann sie mit Opfern verhütet werden, beides ist für eine Familie eine schwere Last. Und die unterschiedliche Behandlung der Ehefrau in diesen beiden Fällen läßt sich verhüten, indem nach Möglichkeit die Ueberschuldung vermieden wird.

II. Die gegenseitigen Einwirkungen zwischen den Grundsätzen der Güterverbindung und der Zustimmungsvorschrift des Artikels 494 OR lassen sich weiterverfolgen bei Betrachtung der *Verwaltungs- und Verfügungsberechtigung* in der Güterverbindung.

1. Für die Güterverbindung ist es ein kennzeichnendes Merkmal, daß die *Verwaltung* des gesamten ehelichen Vermögens in der Hand des Mannes liegt (Art. 200, Abs. 1) [15]). Er soll als Haupt der Gemeinschaft das eheliche Vermögen zum Frommen der Ehe zweckentsprechend bewirtschaften und erhalten [16]). Die Verwaltung der Ehefrau, die ihr insoweit zusteht, »als sie zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft berechtigt ist« (Art. 200, Abs. 3), also im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt, ist für das ganze Gefüge eher von untergeordneter Bedeutung.

Die Verwaltung des Ehemannes bedingt, daß er Besitzer der zu verwaltenden Vermögensobjekte ist. An seinem eigenen eingebrachten Gut kann er unverändert den Besitz geltend machen. In bezug auf

[15]) Eng hängt damit zusammen die Nutzungsbefugnis des Ehemannes am Frauenvermögen. Vgl. Gmür, Art. 200 N. 2; jedoch ist diese für das vorliegende Problem nur von weniger großer Wichtigkeit.

das eingebrachte Frauengut ist er mit Einräumung der tatsächlichen Herrschaft *unselbständiger Besitzer*[17]).

2. Im Zusammenhang mit der Verwaltungsbefugnis ist die *Verfügungsordnung* abzuklären. Wesentlich ist die Regelung bezüglich des eingebrachten Frauengutes, das nicht in das Eigentum des Mannes übergegangen ist, sondern lediglich in seiner Verwaltung steht[18]). Abgesehen von der beschränkten Verfügungsbefugnis der Ehefrau im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt (ZGB Art. 203), steht die Verfügungsmacht — gleich wie die Verwaltung — in den Händen des Mannes, jedoch unter *Zustimmungsvorbehalt der Ehefrau* (Art. 202). Eine interessante Feststellung ergibt sich aus der Betrachtung dieser Vertretungsordnung, nämlich eine unterschiedliche Behandlung der beiden Ehegatten:

a) Der Ehemann ist zwar grundsätzlich vom Gesetz verpflichtet, für Verfügungen »über Vermögenswerte des eingebrachten Frauengutes, die nicht in sein Eigentum übergegangen sind«, die Einwilligung der Ehefrau einzuholen, »sobald es sich um mehr als die gewöhnliche Verwaltung handelt« (Art. 202, Abs. 1). Grundsätzlich ist der Ehemann in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt. Diese Beschränkung ist aber weitgehend behoben durch die Ausnahmeklausel des Art. 202, Abs. 2, der, im Interesse des Verkehrs, für den gutgläubigen Dritten die *Vermutung zugunsten des Manneseigentums* und die *Vermutung der gegebenen Zustimmung* aufstellt. Wer nicht weiß oder wissen sollte, daß die Zustimmung mangelt, darf die Einwilligung voraussetzen. Und wenn die betr. Vermögensbestandteile nicht für jedermann als der Ehefrau zugehörig bekannt sind, so darf der Dritte annehmen, es handle sich um Mannesvermögen. Im Verkehr mit gutgläubigen Dritten besitzt der Ehemann also freie Verfügungsgewalt in bezug auf die Frauenwerte, die zum ehelichen Vermögen gehören. Dies gilt jedoch nur bezüglich der *dinglichen Verfügungen*[19]). Obligatorische Verfügungen belasten das Frauenvermögen ohne Mitwirkung der Ehefrau nicht[20]). Wenn z. B. der Ehemann einen Gegenstand des Frauengutes zum Objekt eines Schenkungsversprechens machen wollte, so könnte die Frau gegenüber dem aus diesem Versprechen Berechtigten ihr Eigentum geltend machen.

b) Die Ehefrau dagegen ist nach ehelichem Güterrecht gebunden in der Verfügung über ihr eingebrachtes Gut. Die Frage wird vom Gesetz nicht eigens behandelt[21]). Die entsprechende Lösung ergibt sich

---

[16]) Egger, Art. 200 N. 4; Gmür, Art. 200 N. 8.

[17]) Homberger, Kommentar, Sachenrecht, 3. Abt. Grundbuch und Besitz, Zürich, 1938, Art. 920 N. 21/2; Egger, Art. 200 N. 11.

[18]) Sondergut der Ehefrau untersteht ihrer freien Verfügung, das Eingebrachte des Ehemannes der seinigen.

[19]) Vgl. Egger, Art. 217 N. 2 und die dort Zitierten.

[20]) Vgl. Egger, Art. 202 N. 4.

[21]) Wohl schränkt Art. 207 Ziff. 2 die Haftung der Ehefrau für Vollschulden, die sie ohne Einwilligung des Ehemannes eingegangen ist, auf das Sondergut ein. Jedoch werden damit dingliche Verfügungen nicht miterfaßt. Es bedarf daher einer allgemeinen Regelung.

jedoch aus der allgemeinen gesetzlichen Regelung. Die Ehefrau ist bei Verfügungen über ihr eingebrachtes Gut — sowohl bei dinglichen wie bei obligatorischen — zustimmungspflichtig, da dem Ehemann von Gesetzes wegen das Nutzungs- und Verwaltungsrecht und damit der Besitz über diese Werte zusteht (Art. 200, Abs. 1; 201. Abs. 1) [22]). Ohne dieses Zustimmungserfordernis würde der Grundsatz der Mannes-Verwaltung und -Nutzung durchbrochen. Wenn nun das Gesetz festlegt, daß für Schulden, die ohne Zustimmung des Gatten begründet werden, nur das ehefrauliche Sondergut haftet (Art. 207, Ziff. 2) [23]), so ergibt sich hieraus eindeutig, daß für Bürgschaftsverpflichtungen der Ehefrau, sofern sie wertvoll sein sollten, auch *vor der obligationenrechtlichen Einschränkung des Art. 494 die Einwilligung des Ehemannes erforderlich war* [24]). Darum schaffte das neue Bürgschaftsrecht für die Ehefrau keine wesentlich schwerere Einschränkungen [25]).

Auch die Ehefrau, die mit Einwilligung des Gatten ein selbständiges Gewerbe führt, ist bei Bürgschaften der Zustimmung laut Güterverbindungsrecht nicht enthoben. Nach Artikel 207, Ziff. 3 haftet das eingebrachte Frauengut nur für Schulden aus dem *regelmäßigen* Betriebe des Berufes der Ehefrau. Bürgschaftliche Rechtsgeschäfte fallen zweifellos aus dem Rahmen der regelmäßigen Betriebsführung heraus und behaften deshalb nur das Sondergut der gewerbetreibenden Ehefrau, wenn der Ehemann nicht ausdrücklich zur Bürgschaft eine Sonderzustimmung erteilt.

3. Auch aus der oben erwähnten Verwaltungs- und Verfügungs-Ordnung können sich für die eingebrachten Werte des Frauenvermögens gerade durch die Bürgschaft *schwere Gefahren* ergeben:

Wohl kann der Ehemann durch den Abschluß eines Bürgschaftsvertrages ohne Zweifel das eingebrachte Frauenvermögen nicht haftbar machen [26]). Nach Art. 206, Ziff. 2 haftet für die Schulden, die der Ehemann während der Ehe eingegangen ist, dieser allein, und lediglich für Schulden, die aus den Bedürfnissen des gemeinsamen Haushalts auf ihm lasten, haftet die Ehefrau subsidiär bei Zahlungsunfähigkeit des Gatten. Bürgschaftsschulden des Ehemannes können aber schwerlich als Schulden betrachtet werden, die für den gemeinsamen Haushalt begründet wurden. Wenn darum der Ehemann vielleicht gerade durch Ueberverbürgen der Zwangsvollstreckung verfällt, so können die Gläubiger nicht auf das vorhandene Frauenvermögen greifen zu ihrer eigenen Deckung. Die Ehefrau ist für den ungedeckten Teil der Hälfte ihres Eingebrachten im Gegenteil privilegiert vor den Gläubigern [27]). Während diese obligatorischen Bürgschaftsverpflichtungen dem Frauengut nichts anzuhaben vermögen, ist es sehr wohl

[22]) Vgl. Egger, Art. 203 N. 4; Art. 200 N. 19; Gmür, Art. 203 N. 12 ff.
[23]) Vgl. oben Anm. 19.
[24]) Allerdings dürfte der rechtliche Charakter dieser Zustimmungsvorschrift ein anderer sein als derjenige der bürgschaftlichen Zustimmungsnorm. Auch ist die Ordnung hier bedeutend weniger straff durchgeführt.
[25]) Vgl. Fuchs, a. a. O., S. 337.
[26]) Vgl. oben II 2 a, S. 118.
[27]) Vgl. oben I 2, S. 114 ff.

möglich, daß ein Ehemann unter dem Drucke der Verhältnisse *Bürgschaften aus Frauengut abzahlt.* Es muß dies gar nicht aus bösem Willen geschehen. Die Furcht vor Zwangsvollstreckung kann dazu treiben. Und in diesem Falle spielt die doppelte Vermutung zugunsten des Ehemannes (Art. 202, Abs. 2) [28]). Allerdings ist dies ein schwerer Mißbrauch des Verwaltungsrechts des Ehegatten. Aber der gutgläubige Dritte wird geschützt [29]). Die Ehefrau kann lediglich eine Ersatzforderung gegen den Ehemann geltend machen, die aber gerade in solchen Fällen nutzlos sein wird.

Dieser Umstand rechtfertigt die Zustimmungsvorschrift des Bürgschaftsrechts einmal mehr. Man kann entgegenhalten, dieser Fall sei andern gleichzusetzen, z. B. der Darlehensgewährung oder Schenkung aus Frauengut durch den Ehemann. Darum sei die Ausnahmelösung zu Ungunsten des Bürgschaftsrechtes unbegründet. Diese Ansicht ist irrig. Darlehensgewährung oder Schenkung aus Frauengut sind Tatbestände, die zweifellos bedeutend seltener eintreten. Es wird nicht oft und bei einem aufrichtigen Ehemann überhaupt nicht vorkommen, daß er Frauengut eigenmächtig, ohne Not weggibt. Wenn aber Pfändung droht und damit eine Erschütterung seiner beruflichen und gesellschaftlichen Stellung, so ist es sicherlich für manchen eine schwere Versuchung, der Not und Schande durch Handlungsweisen, die er in anderer Lage entschieden verurteilt hätte, zu entgehen. Er mag dabei von der besten Absicht erfüllt sein, sobald als möglich das Gut der Ehefrau wieder zu ersetzen.

Um das Frauengut vor dieser Gefahr zu schützen, ist es zweifellos das beste Mittel, überhaupt die Gefahr zu bannen. Durch die Zustimmungsvorschrift des Bürgschaftsrechts hat es nun die Ehefrau in der Hand, die Gefahr, die ihrem Gut droht, zu überblicken und ihr im gegebenen Fall Einhalt zu gebieten.

In diesem Rahmen kann die Einwilligung, die der Gesetzgeber für die Bürgschaft verlangt, nicht als Widerspruch zur Güterverbindung aufgefaßt werden; sie ist im Gegenteil eine heilsame Ergänzung, die hilft, Handlungen, welche die Rechtssubjekte wider den Sinn des Gesetzes wagen konnten, wirksam zu hemmen.

---

[28]) Vgl. oben II 2 a, S. 118.

[29]) Der Schutz des gutgläubigen Dritten in diesem Fall ist keine Sonderregelung des ehelichen Güterrechts sondern eine logische Anwendung von ZGB Art. 933 im Sachenrecht.

§ 23. *Das Verhältnis zur Gütergemeinschaft*

Trotzdem Gütergemeinschaft durch Ehevertrag vereinbart werden muß und daher in ihrer Bedeutung als Güterstand gegenüber der Güterverbindung gewaltig *zurücktritt*[1]), ist die *Gleichbehandlung* der Gütergemeinschaft bezüglich der Zustimmung des Ehegatten bei der Bürgschaft *mehr als gerechtfertigt*. Eine Ausnahme zugunsten der Gütergemeinschaft wegen des verhältnismäßig seltenen Vorkommens wäre um so unbegreiflicher, als gerade in diesem Güterstand *die vermögensrechtlichen Interessen der Ehefrau am meisten gefährdet* werden können. Diese Ausnahme ist denn auch kaum gefordert worden[2]), im Gegenteil wurden Stimmen erhoben, die lediglich bei der Gütergemeinschaft vorsorgliche Maßnahmen für die Ehefrau verlangten[3]).

Die Notwendigkeit der Bürgschaftsbeschränkung für Eheleute, die unter Gütergemeinschaft leben, erhellt am besten bei vergleichender Betrachtung mit der Güterverbindung. Wo die Lösung des Gesetzes gleich läuft, dürfte ein Hinweis auf die obigen Erörterungen genügen, wo sich Verschiedenheiten finden, sollen die Probleme gegeneinander abgewogen werden.

I. *Eigentumsverhältnisse* bei der Güterverbindung.

1. Die *Eigentumsverhältnisse* sind nicht wie bei der Güterverbindung scharf auseinandergehalten, im Gegenteil vereinigen sich bei der Gütergemeinschaft Vermögen und Einkünfte von Mann und Frau »zu einem *Gesamtgute*, das den beiden Ehegatten ungeteilt und insgesamt zugehört« (Art. 215, Abs. 1). Mit Ausnahme des gesetzlichen und vertraglichen Sondergutes des Ehemannes und der Frau gehört das eheliche Gut also beiden »ungeteilt und insgesamt«. »Mann und Weib sitzen zu gemeinsamem Gedeih und Verderb.«
2. Während bei der Güterverbindung das Gut im Eigentum des Ehemannes — die darin aufgegangenen Werte des Frauenvermögens miteingeschlossen — als selbständiger Vermögenskomplex eigenen Regeln unterliegt, fehlt dies bei der Gütergemeinschaft weitgehend[4]). Von Bedeutung ist lediglich das *rechtliche Schicksal des Gemeinschaftsgutes:*

   Die *Verwaltung* des Gesamt-Vermögens liegt bei der Gütergemeinschaft in der Hand des Ehemannes. Die *Verfügungsordnung* ist

---

[1]) Vgl. oben § 22, Anm. 1, S. 113.

[2]) Eine Ausnahme macht nur die Bauernpolitische Vereinigung St. Gallen, welche die Zustimmung lediglich für die Güterverbindung wollte, während Gütertrennung *und* Gütergemeinschaft davon nicht betroffen werden sollten. Vgl. Eingaben zum Vorentwurf der Justizabteilung betr. das Bürgschaftsrecht, Zusammenfassung vom 22. Dez. 1938, S. 4.

[3]) So fragte Beck, ob nicht die güterrechtliche Haftung des Frauenvermögens (als Gesamtgut) für die vom Manne eingegangenen Bürgschaften bei der Gütergemeinschaft einzuschränken wäre. Vgl. Die Revision des Bürgschaftsrechts, NZZ Nr. 631, 10. April 1935, Blatt 8.

[4]) Das vom Gesetz vorgesehene Sondergut des Ehemannes hat im Außenverhältnis keine Bedeutung, da er nach außen immer mit dem Gesamtgut *und* persönlich haftet. Egger, Art. 219 N. 1.

— den Verhältnissen entsprechend — besonders geregelt. Das Gesamthandsverhältnis folgerichtig entwickelnd, verlangt das Gesetz, daß zu einer Verfügung über das Gesamtgut eine Erklärung beider Ehegatten notwendig sei (Art. 217, Abs. 1). Im Hinblick auf die Schwierigkeiten des Verkehrs läßt es aber die Verfügung des einen allein zu, sobald der andere Ehegatte seine Einwilligung gibt (Art. 217, Abs. 1). — Dieser zweite Fall gleicht der Regelung bei der Güterverbindung bezüglich des Frauenvermögens. Es zeigt sich aber doch eine unterschiedliche Normierung. Während bei der Güterverbindung die Rechtswissenschaft allgemein [5]) annimmt, daß *nur dingliche Verfügungen* das Frauenvermögen belasten können, während die obligatorischen Verfügungen einzig das Mannesgut behaften und darum von der Zustimmungsvorschrift des Art. 202 frei sind, ist hier die Meinung geteilt. Die Frage ist aber von sehr großer Tragweite, weil der Mann bei der Gütergemeinschaft nie nur mit seinem Sondergut haftet, sondern stets »persönlich *und mit dem Gesamtgute*« (Art. 219) [6]). Während Gmür [7]) und mit ihm eine Reihe anderer Autoren [8]) die Lösung des Artikels 217 analog derjenigen der Güterverbindung, Art. 202, gestalten möchten, will Egger [9]) — sicherlich mit Recht — die erwähnte Bestimmung *ausdehnend interpretieren.* Er betrachtet nicht nur die dinglichen sondern auch die obligatorischen Verfügungen als zustimmungsbedürftig. Denn nur so hat die Zustimmungsvorschrift als Schutz der Ehefrau einen Sinn und kommt wirksam zur Geltung.

Scheinbar bestand die heutige Lösung des Bürgschaftsrechts betr. die Zustimmung bei bürgschaftlichen Rechtsgeschäften auf dem Gebiet der Gütergemeinschaft *bereits vor Inkrafttreten* der obligationenrechtlichen Norm. Diese grundsätzliche allgemeine Regelung wird jedoch vom Gesetz selber wieder weitgehend entkräftet: In Absatz 2 schafft Artikel 217 den *Schutz für den gutgläubigen Dritten.* Dieser darf die Einwilligung voraussetzen, sofern er nicht positiv weiß oder wissen könnte, daß die Zustimmung mangelt; er ist auch geschützt, sofern nicht jedermann erkennen kann, daß die in Frage stehenden Vermögenswerte nicht dem Ehemann, sondern dem Gesamtgut gehören. Somit ist es nach Gütergemeinschaftsrecht dem Ehemann grundsätzlich möglich, Bürgschaften einzugehen ohne Zustimmung der Ehefrau [10]). Nur wenn der Dritte es genau weiß oder nach den Umständen

[5]) Vgl. Egger, Art. 217 N. 2 und die dort Zitierten, Art. 202 N. 3 und 4.
[6]) Vgl. Egger, Art. 219 N. 1 und 2; Gmür, Art. 219 N. 13.
[7]) Art. 217 N. 4.
[8]) Vgl. Zitationen bei Egger, Art. 217 N. 2.
[9]) Egger, Art. 217 N. 2.
[10]) Man kann sich zwar fragen, ob bei Bürgschaftsverpflichtungen des Ehemannes der Gläubiger diese Zustimmung der Ehefrau vermuten dürfte, ob er nicht bereits ernstliche Zweifel hegen müßte, besonders wenn die Bürgschaft umfangreich und streng gestaltet wird. Es kann hier kaum eine allgemeine Lösung geben. Je nach Umständen aller Art (z.B. finanzielle Stellung des Bürgen, Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen) wird der Gläubiger die Zustimmung vermuten dürfen oder nicht.

wissen müßte, daß die Einwilligung fehlt, so haftet der Ehemann überhaupt nicht, weder mit seinem Sondergut noch mit dem Gesamtgut [11]).

Anderseits richtet sich die Stellung der Ehefrau nach Güterverbindungsrecht (Art. 208). Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung des Ehemannes belasten ihr Sondergut [12]).

II. Diese gesetzliche Lösung erschwert die finanzielle Stellung der Ehefrau und vermindert ihre Sicherheiten in der Gütergemeinschaft erheblich:

1. Gleich wie bei der Güterverbindung besteht für die Ehefrau die Gefahr, daß der Ehegatte *Vermögensstücke des Gesamtgutes veräußert,* um bürgschaftliche Schulden abzuzahlen. Diese veräußerten Werte können dem gutgläubigen Dritten nicht mehr entzogen werden, da er nach Sachenrecht Eigentümer geworden ist (ZGB Art. 933).

   Das Frauenvermögen ist jedoch nach den oben dargelegten Regeln weit mehr gefährdet. Während bei der Güterverbindung *obligatorische Verfügungen* des Mannes die Frauenwerte — ausgenommen diejenigen, welche ins ehemännliche Eigentum übergegangen sind — nicht verpflichten können [13]), haften in der Gütergemeinschaft die eingebrachten Werte der Ehefrau, als zum Gesamtgut gehörig, auch dafür (Art. 219, Ziff. 3). Voraussetzung ist lediglich Gutgläubigkeit des Dritten [14]). Wenn daher in der Güterverbindung die Frau rechtzeitig festgestellt, daß der Ehemann überschuldet ist, kann sie Sicherstellung oder Gütertrennung verlangen, bevor der Ehemann die Gläubiger mit Fraueneigentum abfindet. Bei der Gütergemeinschaft ist *das gesamte Gemeingut den Gläubigern verschrieben.* Das gerichtliche Begehren auf Gütertrennung wegen des überschuldeten Gesamtgutes (Art. 183, Ziff. 3) hat für die ins Gesamtgut übergegangenen Gegenstände trotz der neuen Interpretation des Art. 188 ZGB [15]) nur beschränkte Wirkung, da gegen die Ehefrau, die ihre Werte aus dem Gesamtgut herauserhalten hat, die Gläubiger ihre Forderungen geltend machen können, wobei die Frauenwerte nur zur Hälfte im 4. Rang privilegiert sind. Sie muß so vielleicht mit ihrem Gut Bürgschaftsverpflichtungen des Ehemannes begleichen, obwohl in einem solchen Augenblick ihr ganzes Vermögen für den Wiederaufbau der Existenz doppelt notwendig wäre.

2. Bei der Güterverbindung erhält die Ehefrau insofern einen gewissen Ausgleich, als sie dem Mann gegenüber eine *Ersatzforderung* geltend machen kann (Art. 209, Abs. 1). Diese Schutzvorschrift mag im einzelnen Fall nützen. Der Gütergemeinschaft wird nun — nicht völlig zu Recht — vorgeworfen, daß sie trotz der größeren Gefährdung des

---

[11]) Egger, Art. 217 N. 5.
[12]) Egger, Art. 217 N. 5, 221 Ziff. 2.
[13]) Vgl. oben § 22 II a, S. 118.
[14]) Nach der Ansicht von Gmür (vgl. Art. 217 N. 4) ist nicht einmal Gutgläubigkeit verlangt. Jede obligatorische Verpflichtung des Ehemannes bindet nach ihm das Gesamtgut.
[15]) Vgl. oben § 20, Anm. 19.

ehefraulichen Vermögens eine *Ersatzforderung ausschließe*[16]). Dieser Vorwurf wird erhoben auf Grund von Art. 223, Abs. 1, der bestimmt: »Werden Schulden, für die das Gesamtgut haftet, aus diesem getilgt, so entsteht unter den Ehegatten keine Ersatzforderung.« Diese durchaus logische Regelung erfährt aber eine Einschränkung im Absatz 2, der verfügt, daß *Ausgleichsansprüche* geltend gemacht werden können, sofern Gemeinschaftsschulden aus dem Sondergut oder Sondergutsschulden aus dem Gesamtgut getilgt wurden. Die Gütergemeinschaft kennt nicht nur Sondergut der Ehefrau, sondern auch solches des Ehemannes[17]). Zwar kommt ihm nach außen keine Bedeutung zu, dafür sehr wohl im Innenverhältnis. Und darum muß dieser Absatz 2 zweifellos auch auf das Sondergut des Ehemannes angewendet werden[18]). Die Frage ist nun die: Wer trägt Vermögensverluste auf Grund obligatorischer Verpflichtungen, die der Ehemann ohne Zustimmung der Ehefrau eingegangen ist: das Gesamtgut oder das Sondergut des Ehemannes? Eine allgemeine Lösung dürfte kaum zu finden sein. Die Ausscheidung muß erfolgen nach dem *Zweck* der obligatorischen Verfügung. Verpflichtungen, die rein im persönlichen Interesse des Ehemannes entstanden sind, begründen im Innenverhältnis ohne Zweifel eine Sondergutsschuld des Ehemannes und damit einen Ausgleichsanspruch des Gesamtgutes gegenüber dem Sondergut des Ehemannes[19]). Bürgschaftsschulden, die der Ehemann in fahrlässiger Weise im Uebermaß eingegangen ist, und die der Gemeinschaft überhaupt nichts nützen, sondern vielmehr ihren Interessen zuwiderlaufen, dürften daher sicher dem Sondergut des Ehemannes zugewiesen werden.

Allerdings wird auch diese Erleichterung für die Ehefrau *kaum von großer Bedeutung* sein. Wenn das Sondergut des Ehemannes sehr groß ist, mag sie einen Vorteil daraus ziehen. Dies wird aber nicht oft der Fall sein. In allen andern Fällen, wo dem Sondergut eine geringe Bedeutung zukommt, ist der Ersatzanspruch des Gesamtgutes eine schwache Sicherung, besonders da zugleich mit der Belastung des Gesamtgutes das Sondergut des Ehemannes mitverhaftet wird (Art. 219). In all den Fällen, wo das Gesamtgut *überschuldet* ist, wo also eine Ersatzforderung besonders aktuell würde, ist auch das Sondergut überschuldet, so daß die Forderung des Gesamtgutes wieder illusorisch wird.

3. Schlechter als bei der Güterverbindung ist in der Gütergemeinschaft die Stellung der Ehefrau bei der *Zwangsvollstreckung*. Zwar räumt das Gesetz — wider alle Logik —, rein im Interesse der Familie, der Ehefrau eine Forderung für ihr Frauengut ein und privilegiert sie zur Hälfte (Art. 224). Diese Lösung unterscheidet sich trotz der scheinbaren Aehnlichkeit doch wesentlich von derjenigen der Güterverbindung. Während dort der Ehemann der Zwangsvollstreckung verfällt

[16]) Fuchs, a. a. O., S. 338.
[17]) Vgl. oben I 1, S. 121 und Anm. 4.
[18]) Vgl. Egger, Art. 223 N. 5; Gmür, Art. 223 N. 6.
[19]) Vgl. Müller, Otto, Der interne Schuldenausgleich nach Art. 209 und 223 ZGB, Diss., Zürich, 1934, S. 82.

und darum die Ehefrau in natura vorhandene Vermögenswerte — ausgenommen was in das Eigentum des Ehemannes übergegangen ist — als Eigentümerin an sich ziehen (Art. 210, Abs. 3) und somit bei vielen Sachwerten verhältnismäßig gut gesichert werden kann, ist es hier das *Gesamtgut,* das gepfändet wird. Sie kann kein Eigentumsrecht, wohl aber die gesetzliche Forderung in der Höhe ihres eingebrachten Gutes geltend machen [20]). Während die Ehefrau bei der Güterverbindung durch die Vindikation sämtlicher Sachwerte im günstigsten Fall weit über die Hälfte oder fast vollständig befriedigt werden kann, erhält die Ehefrau bei der Gütergemeinschaft höchstens die privilegierten 50 Prozent der Frauengutsforderung und für die restliche Hälfte die ordentliche Konkursdividende. Die Gefährdung des »Frauengutes« greift hier also noch viel weiter. Es ist nicht tragbar, daß die Ehefrau ihre Vermögenswerte so weitgehend opfern muß nur deswegen, weil der Ehemann seine finanzielle Grundlage durch gefährliche Bürgschaften grobfahrlässig zugrunde gerichtet.

4. Die teilweise harten Lösungen und die Tatsache, daß auch bei der Gütergemeinschaft eine Ehefrau, die schlechter wirtschaftet und den Konkurs nicht zu verhüten vermag, eine Vorrechtsstellung einnimmt gegenüber der Ehegattin, die unter Aufopferung all ihrer Vermögenswerte die Zwangsvollstreckung vermeiden hilft [21]), lassen auch bei der Gütergemeinschaft die Zustimmungsvorschrift des neuen Bürgschaftsrechts *nicht als unerträglichen Einbruch* ins eheliche Güterrecht sondern als wohltuende Ergänzung der güterrechtlichen Normen empfinden. Besonders hier gleicht sie sich weitgehend den Regeln des ehelichen Güterrechts an. Die einzige Aenderung, welche die Zustimmungsvorschrift verursacht, ist die, daß sie auf eine einzige obligatorische Verfügungsart, auf bürgschaftliche Rechtsgeschäfte, die Vermutung des Art. 217, Abs. 2 zugunsten des gutgläubigen Dritten nicht anwendet, sondern von diesem im Gegenteil verlangt, daß er bei bürgschaftlichen Rechtsgeschäften die Zustimmung des andern Ehegatten nachweise, will er daraus berechtigt werden. Eine kleine Aenderung des Gesetzes, die aber geeignet ist, Härten auszuschalten, von denen Rechtssubjekte betroffen wurden, die am Rechtsgeschäft weder interessiert noch beteiligt sind.

---

[20]) Vgl. Egger, Art. 224 N. 1.
[21]) Vgl. oben § 22 I 3, S. 117.

Rückblick

I. Die Zustimmungsvorschrift des Bürgschaftsrechts entspringt einem Widerstreit von Interessen[1]). Schon die rechtliche vergleichende Untersuchung der vorliegenden Arbeit hat mehrfach auf die Beziehungen zu andern Rechtsgebieten hingewiesen und die an und für sich grundsätzliche Regelung der gleichen Frage in verschiedenen Rechtsinstituten hervorgehoben. Rechtliche Erörterungen finden aber ihre Vollendung nur dann, wenn sie dem wirklichen Leben entspringen. Auch die Beziehungen der Zustimmungsnorm des Bürgschaftsrechts mit Grundsätzen anderer Rechtsgebiete sind nicht die Ergebnisse juristischer Spielerei und Spitzfindigkeit sondern Tatsachen, die der Gesetzgeber bewußt geschaffen. Hiezu zwang ihn die Wirklichkeit des Lebens. Der Unabhängigkeit des einzelnen standen die Interessen der Gemeinschaft gegenüber, der Freiheit des Verkehrs und der Wirtschaft Wohl und Glück der Familien. Durch das Diktat des Lebens gedrängt[2]), hat sich der Gesetzgeber entschlossen, das Wohlergehen der Gemeinschaft dem des einzelnen Individuums voranzustellen. Wo darum die neue Rechtsvorschrift mit den übrigen zivilrechtlichen Normen nicht im Einklang steht, bricht sie die andern gesetzlichen Lösungen. Und doch ist dieses Zurückdrängen rechtlicher Regelungen anderer Gebiete nicht widersinnig sondern von den tatsächlichen Verhältnissen geforderte notwendige Ergänzung[3]).

Wohl wird dadurch ein beliebtes Kreditmittel, die Bürgschaft, wesentlich erschwert. Jedoch ist damit dem Verkehr und der wirtschaftlichen Entwicklung keine unbillige Beschränkung auferlegt. Im Gegenteil, die Bürgschaft wurde im Kreditwesen an den Platz zurückversetzt, der ihr gebührt. Ihre ungesunde und gefährliche Entwicklung war es, die den Gesetzgeber zwang, einzuschreiten. Je größer die Gefahr, um so berechtigter sind Vorsichtsmaßnahmen, und je verbreiteter sie ist, um so mehr ruft sie wirksamen Einschränkungen. Nicht dem Gesetzgeber gebührt der Vorwurf, er hätte durch die Zustimmungsvorschrift Handel und Verkehr wider Gebühr belastet, sondern den Wirtschaftskreisen selber, die aus der Bürgschaft das gemacht haben, was sie nicht sein wollte, eine Geißel für ganze Gegenden statt Stütze und Hilfe zu wirtschaftlichem Fortkommen.

II. Diese wichtige Einschränkung der Bürgschaftsfähigkeit Verheirateter, zu der sich der Gesetzgeber zum Wohle der Gemeinschaftsinteressen entschlossen hat, kann aber *nicht den Sinn* haben, *die Bürgschaft ganz auszuschalten.* Dies hätte der Gesetzgeber durch ein bloßes Verbot viel einfacher erreicht. Die neue Rechtsvorschrift beabsichtigt nur, die

[1]) Vgl. oben § 3, S. 12.
[2]) Vgl. oben § 2, S. 5 ff.
[3]) Vgl. Die Erläuterungen bei der Güterverbindung und Gütergemeinschaft, § 22, S. 113 f. und § 23, S. 121 ff.

Eheleute vor einer Bürgschaft zu überlegtem Handeln und vorsichtigem Abwägen der Gefahren anzuhalten. Auch die Tatsache, daß es ganz in der Hand des Berechtigten liegt, die Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern, die Tatsache, daß jede Erzwingung ausgeschlossen bleibt [4]), rechtfertigt nicht den Schluß, der Gesetzgeber wolle möglichst jeden Bürgschaftsabschluß unterdrücken.

Obwohl keine Rechtspflicht besteht, die Zustimmung zur Bürgschaft des Ehegatten zu erteilen, kann sehr wohl eine *moralische Verpflichtung* hiezu vorliegen. Wenn ein Ehegatte — vor allem der Ehemann — in finanziell guter Lage durch Bürgschaft einem Familienglied zum nötigen Kredit für den Aufbau seiner Existenz verhelfen kann, so wäre die Zustimmungsverweigerung unverständlich. Der Zweck der neuen Gesetzesvorschrift geht letzten Endes dahin, durch Vermeidung untragbarer Bürgschaftsverpflichtungen einen späteren finanziellen Zusammenbruch und damit Zank und Hader in der Familie zu verhüten. Durch eine solche ungerechtfertigte Zustimmungsverweigerung kann der hartnäckige Ehegatte nicht nur einer andern Familie den vielleicht einzigen Ausweg aus der Not versperren, er kann auch in der eigenen Ehe zur Ursache von Zwistigkeiten werden, wenn der Ehegatte, der bürgen will, von seiner moralischen Pflicht, Bürgschaft zu leisten, überzeugt ist. So aufgefaßt, würde das Gesetz zum Widerspruch mit sich selber. Zudem muß ein solcher Ehegatte Gefahr laufen, daß der andere Teil sein Ziel ohne Bürgschaft mit andern Rechtsinstituten zu verfolgen sucht [5]). Er gefährdet darum das eheliche Vermögen durch seine engstirnige Verweigerung unter Umständen viel mehr, weil der andere vielleicht Wechselverbindlichkeiten eingeht.

Es ist darum eine unerläßliche Aufgabe jener Kreise und Verbände, die mit Recht für die heutige gesetzliche Lösung gefochten haben, die ihnen angeschlossenen Bevölkerungskreise aufmerksam zu machen auf die große Verpflichtung, die zugleich mit der Berechtigung verbunden ist. Sie müssen — soll die Zustimmungsvorschrift die von ihr erwarteten Wirkungen erzeugen — sämtliche Bevölkerungsgruppen belehren, daß es auch *eine Pflicht gibt, die Zustimmung zu erteilen,* und daß die wahre Liebe zur Familie und Gemeinschaft darin besteht, mit dem entschiedenen Nein im einzelnen Fall ein weises Ja zu paaren, wenn die Verhältnisse dazu zwingen.

III, Wohl weil die Einschränkung der Zustimmungsfähigkeit von weiten wirtschaftlchen Kreisen als zu hemmend empfunden wird, kamen sofort nach Ablauf der Referendumsfrist [6]) Bestrebungen in Gang, die das neue Hemmnis ausschalten, umgehen wollen und trotzdem vom Gesetzgeber freudig begrüßt werden: Die Bürgschaftshaftung wird dem einzelnen abgenommen und einer *Personengemeinschaft* übertragen. Die geeignete Form hiezu ist die *Bürgschaftsgenossenschaft.* Der Sicherungs-

[4]) Vgl. oben § 15 I, S. 80.
[5]) Vgl. oben § 15 II, S. 83.
[6]) Vgl. die Statuten der Bürgschaftsgenossenschaft des Verbandes Schweiz. Darlehenskassen, Art. 38. Darnach sind die betr. Statuten am 3. August 1942, also einen Monat nach Inkrafttreten des Gesetzes, bereits angenommen worden.

zweck ist erreicht, die Haftung übernimmt die juristische Person, der gegenüber die Genossenschafter nur im Umfang ihres Genossenschaftsbeitrages verpflichtet sind. Dieser Ausschluß der persönlichen Haftung [7]) und verhältnismäßig kleine Minimalgenossenschaftsanteil [8]) schalten jede wesentliche Gefahr für ein Mitglied aus.

Daß dieser glänzende Gedanke des gemeinsamen Einstehens gerade durch die erschwerende Revision des Bürgschaftsrechts gefördert wurde, läßt sich aus einer Motion Seiler im eidg. Parlament vom 10. Juni 1943 ersehen. In der Begründung ersucht er den Bundesrat: »... insbesondere die Konsolidierung und Entwicklung der Hypothekar-Bürgschaftsgenossenschaften zu fördern« [9]), um die neuen Belastungen im Bürgschaftswesen möglichst tragbar zu gestalten.

Dieser Gedanke der kollektiven Haftung, noch wirksamer aber die Zustimmungsvorschrift des Artikels 494 OR, tragen es in sich, das schweizerische Bürgschaftswesen allmählich wieder in jene Bahnen zurückzuführen, aus denen es nie hätte herausgetrieben werden dürfen. Die Vor- und Nachteile der Zustimmungsvorschrift werden endgültig erst die Erfahrungen späterer Jahre aufzeigen können. Möge dieser mutige Schritt des schweizerischen Gesetzgebers gerechtfertigt werden durch die Feststellung der Zukunft, daß das Gute, welches die gesetzliche Zustimmungsordnung gewirkt, die Nachteile, die daraus notwendig entspringen, bedeutend überwiege.

---

[7]) Statuten, Art. 1.

[8]) Beim Verband Schweiz. Darlehenskassen hat jeder wenigstens einen Anteilschein von Fr. 100.— zu übernehmen, Statuten, Art. 4.

[9]) Motion Seiler, 10. Juni 1943, NZZ 10. Juni 1943 Nr. 919, Blatt 4. Vgl. auch Blumer, a. a. O., S. 27.